

ANEXO 6

Opinión legal titulada "**Minuta Legal Sobre la Resolución Exenta N°1431, de 15 de Diciembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente y lo Resuelto por los Tribunales de Justicia en la Materia**", de fecha 15 de marzo de 2018, del profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez, Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.



Valparaíso, 15 de marzo de 2018

**MINUTA LEGAL**

**SOBRE LA RESOLUCIÓN EXENTA N°1431, DE 15 DE DICIEMBRE DE 2017, DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y LO RESUELTO POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN LA MATERIA**

**1. Presentación**

Se me ha solicitado un informe jurídico respecto de la validez de la Resolución Exenta N°1431, de 15 de diciembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Anteproyecto de las Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia (en adelante, NSCA), a partir de la reanudación del procedimiento administrativo para su dictación, ordenado por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia en sentencia de 29 de septiembre de 2016, ratificado por la Excma. Corte Suprema en julio de 2017.

En virtud de lo anterior este breve informe se estructura en cinco apartados. En el primero se exponen algunos antecedentes generales del caso. En el segundo se describe el nuevo procedimiento de dictación de la NSCA y el contenido de la norma propuesta en su Anteproyecto. En el tercero se analizan los problemas del procedimiento en la dictación de la NSCA y el contenido de la norma. En el cuarto se alude a las responsabilidades administrativas a que pudiera dar lugar la decisión adoptada por el Ministerio del Medio Ambiente. Finalmente, en quinto lugar, se formulan algunas conclusiones en esta materia.

**2. Antecedentes del caso**

En el año 2004 la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) dio inicio al procedimiento administrativo para establecer la Norma Secundaria de Calidad Ambiental del río Cruces, iniciando en el año 2005 también un procedimiento de similar naturaleza para el río



Valdivia. Luego, en el año 2010, se decidió acumular ambos procedimientos, con la finalidad de emitir una sola norma de calidad ambiental.

Con fecha 27 de diciembre de 2013, el Ministerio del Medio Ambiente dictó el Decreto Supremo N°55/2013 que contenía la “Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Valdivia”, el que es tomado de razón por la Contraloría General de la República con fecha 10 de marzo de 2014. Sin embargo, el Ministerio del Medio Ambiente no publicó dicho decreto y, considerando la elaboración de un informe técnico desfavorable, elaboró un nuevo proyecto definitivo de NSCA, el que fue aprobado mediante el Decreto Supremo N°1, de 14 de enero de 2015, que contiene la nueva “Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Valdivia”, siendo este publicado en el Diario Oficial el día 27 de noviembre de 2015.

Tal norma fue impugnada ante el Tercer Tribunal Ambiental, en virtud del artículo 50 de la Ley N 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el artículo 17 N° 1 de la Ley N°20.600 que Crea los Tribunales Ambientales. Los recursos fueron presentados entre el 6 y el 8 de enero de 2016 por la Corporación para el Desarrollo de la Región de Los Ríos (R-25-2015), Celulosa Arauco y Constitución S.A. (R-26-2015) y Forestal Calle Calle S.A (R-27-2015).

Con fecha 29 de septiembre de 2016, el Tercer Tribunal Ambiental resuelve acoger dos de las tres reclamaciones, anulando el Decreto Supremo N°1, fundamentalmente por falta de motivación suficiente del decreto impugnado, *“como resultado de las diversas deficiencias sustantivas y adjetivas de los análisis generales del impacto económico y social”*.

En términos generales, el Tribunal determinó que los dos Análisis General de Impacto Económico y Social (AGIES) que constan en el expediente administrativo de elaboración de la NSCA —uno de ellos recaído sobre el proyecto definitivo del decreto archivado, y el otro respecto del proyecto definitivo del decreto reclamado—, adolecen de serias deficiencias técnicas y errores manifiestos e inexplicables, acarreando la vulneración del Decreto Supremo N°93/1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Primer reglamento



---

procedimental de dictación de NSCA), y del Decreto Supremo N° 38/2012, del Ministerio de Medio Ambiente (Segundo reglamento procedimental de dictación de NSCA), que imponen a la Administración del Estado la obligación de considerar los costos y los beneficios para el establecimiento de las normas de calidad ambiental.

En síntesis, las deficiencias técnicas de los AGIES se manifiestan en que en los AGIES se presentaron cifras finales de costos, omitiendo, sin embargo, los fundamentos precisos que explican el resultado específico, sin señalar tampoco los hechos fundantes en base a los cuales se determinaron costos y beneficios. En este sentido, la sentencia referida señaló que solo consta en el expediente administrativo un resumen del AGIES 1 y no propiamente un AGIES como lo exige la normativa ambiental, teniendo además como base un documento elaborado por la Fundación Chile que no consta en el expediente administrativo (“Estimación de costos de abatimiento de contaminantes en residuos líquidos”).

Otro aspecto relevante de la sentencia, es la ausencia de valorización de los beneficios de la NSCA, cuestión que debe incluir los AGIES en opinión del Tribunal Ambiental. En este sentido, el Tribunal rechaza la alegación de la Administración de una supuesta imposibilidad de valorar los beneficios generados por la norma debido a la ausencia de metodologías para valorizar los servicios ecosistémicos y la calidad del agua, ya que afirma categóricamente que en la actualidad existen diversas bases de datos de importancia a nivel científico que permiten realizar esta valorización.

Por último, la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia determinó que ninguno de los dos AGIES incorporados en el expediente administrativo fue oportunamente acompañado; esto es, en la etapa de elaboración del anteproyecto de la NSCA y antes del pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. De hecho, se determinó que los integrantes de dicho Consejo no tuvieron conocimiento de los AGIES previo a las votaciones, ya que no constaban en el expediente administrativo, siendo incorporados con posterioridad a las decisiones adoptadas por éste.



En definitiva, y considerando las deficiencias, entre otras, de los AGIES mencionadas precedentemente, el Tribunal consideró que el Decreto Supremo N°1/2015, que contiene la nueva “Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Valdivia” adolecía de falta de motivación suficiente y, por ende, resolvió:

“3) *Anular el decreto reclamado, así como la Res. Ex. N°478/2012 MMA (fs. 1613 vta. y ss.) que aprueba anteproyecto de normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas de la cuenca del Río Valdivia, y todos los actos administrativos trámites dictados a partir de ésta última.*

4) *Ordenar al MMA reanudar, en el más breve plazo posible, el procedimiento administrativo, a partir de la elaboración de un análisis general del impacto económico y social de las normas contenidas en el anteproyecto que el MMA oficialice, dando cumplimiento al DS N°38/2012 MMA”.*

La parte reclamada dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental (Rol 83.344-2016), el cual fue rechazado por la Excma. Corte Suprema, con fecha 26 de julio de 2017, quedando a firme la sentencia del Tribunal Ambiental, cuya parte resolutive fue publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de agosto de 2017.

### **3. El nuevo procedimiento de dictación de la NSCA y el contenido de la norma propuesta**

Con la intención de dar cumplimiento a la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, confirmada por la Excma. Corte Suprema, el Ministerio de Medio Ambiente dictó la Resolución Exenta N°909, de 7 de septiembre de 2017, donde resolvió reanudar el procedimiento de la NSCA para la protección de las aguas superficiales continentales de la cuenca del Río Valdivia, otorgando un plazo de tres meses para la generación del Anteproyecto y la realización del AGIES respectivo.

El nuevo AGIES se adjuntó al procedimiento con fecha 13 de diciembre de 2017, a través del Memo N°229/2017 (fojas 3563 y siguientes), adjuntándose luego el borrador de anteproyecto de la norma (fojas 3640 y siguientes) y, con posterioridad, el informe técnico que



contiene su fundamentación (fojas 3659 y siguientes). Finalmente, con fecha 15 de diciembre de 2017, se dicta la Resolución Exenta N°1431 que aprueba el Anteproyecto de la NSCA y ordena someterla a consulta pública.

Respecto de esta última resolución, y en lo que importa al presente informe, es relevante señalar que en ella se reconoce que el Anteproyecto conserva en forma íntegra el objetivo de protección, ámbito de aplicación territorial, definiciones, niveles de calidad ambiental por áreas de vigilancia, cumplimiento y excedencias, Programas de Medición y Control de la Calidad Ambiental del Agua e informe de calidad establecido en el Decreto Supremo N°1/2015, del Ministerio del Medio Ambiente, con la única excepción del nivel de calidad ambiental establecido para el Zinc total en las áreas de vigilancia del Río Cruces, en atención a lo señalado a partir del considerando sexagésimo segundo de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental. En otras palabras, este nuevo anteproyecto de NSCA reitera las mismas regulaciones ya establecidas en el texto anterior, sin considerar las observaciones e inconsistencias señaladas por la sentencia referida, en las eventuales variaciones que pudieran derivarse de un mejor estudio de los antecedentes técnicos y el nuevo AGIES, conforme a lo establecido por la resolución judicial.

**4. Los problemas del procedimiento de dictación de la NSCA y el contenido de la norma**

De los antecedentes señalados, es posible advertir problemas en la dictación del nuevo Anteproyecto de la NSCA de la cuenca del Río Valdivia, asociado además a los problemas planteados respecto del decreto impugnado en la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental y que no aparecen suficientemente resueltos en esta nueva regulación (Anteproyecto).

**A. El AGIES no se hace cargo de lo establecido en la sentencia del Tribunal Ambiental respecto del análisis costo y beneficio de las normas contenidas en el Anteproyecto**



La sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental que anula la NSCA del río Valdivia establece también, como ya se señaló, que el análisis de costos y beneficios que considera el AGIES debe ser debidamente fundamentado, circunstancia que no concurre en este caso, estimando el Tribunal que el análisis realizado es deficiente y, por tanto, infundado (considerandos quincuagésimo primero y siguientes).

Ahora bien, en el nuevo AGIES que se elabora para el nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia no es posible afirmar que el Ministerio se haya hecho cargo debidamente de las aprehensiones manifestadas en la sentencia del Tribunal, ya que persisten errores metodológicos importantes. En efecto, en el anexo metodológico se explican, en primer lugar, los valores de la situación base a partir de la cual se elabora todo el análisis posterior de cuantificación de costos y beneficios. Esta situación base la constituye la calidad del agua del cuerpo normado y el análisis de las emisiones. En ambos casos, la información se encuentra desactualizada, tomando como referencia datos de hace más de 3 años, los cuales pueden haber variado de manera considerable, circunstancia que la autoridad no considera ni valora, realizando el nuevo AGIES sobre los datos ya considerados en el Anteproyecto de NSCA anterior.

Esta situación es relevante; toda vez que si se toman estos parámetros para luego cuantificar los costos y beneficios, implica necesariamente que los costos para cumplir la norma y en el caso de dictación de un Plan de descontaminación aumenten, pudiendo ser tan altos que conlleven a su vez una disminución de los beneficios identificados. Así, por ejemplo, para la calidad del agua se toma como referencia el bienio 2014-2015, señalando que no hay información más actualizada. Entonces, vale preguntarse, ¿qué pasa en el caso de que los parámetros de calidad del agua hayan mejorado en los últimos años? O, por el contrario, ¿qué ocurre en el caso de que los parámetros de calidad hayan empeorado en el último tiempo? Lo anterior, en ambos casos, incide directamente en la cuantificación de los costos, por ejemplo, de la tecnología de abatimiento a utilizar, haciendo que el AGIES actual no sea un documento fiable en el logro adecuado de su objetivo, ni permita controlar adecuada y razonablemente los fundamentos socioeconómicos de la NSCA del río Valdivia.



Lo anterior deja en evidencia la intención de la autoridad administrativa por satisfacer sólo formalmente lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental en esta materia, pero sin realizar un análisis de fondo de las deficiencias técnicas de la NSCA anterior, lo que desde luego también incidiría en el AGIES que se acompaña al efecto.

**B. El AGIES no elabora un análisis específico de proporcionalidad de las medidas como lo exige la Sentencia del Tribunal Ambiental**

Como se sabe, la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental estableció que para determinar la validez del AGIES es muy relevante hacer un análisis de proporcionalidad de la norma, evaluando las restricciones y los valores establecidos en ella (considerando sexagésimo segundo), señalando entre otros que *“No cabe duda que la determinación científica en materia ambiental es aquella que entrega la mayor seguridad para el ecosistema, y por tanto, la minimización máxima de sus riesgos de afectación. Pero si la determinación de la norma secundaria de calidad ambiental se dirime sólo por esta consideración, cualquier análisis económico se tornaría en innecesario. Es precisamente la necesidad de compatibilizar los derechos reconocidos en los artículos 19 N° 8, N° 21 y N° 24 de la Constitución Política, la que obliga a introducir la variable económica como referente para la proporcionalidad. Esto no significa que la Administración esté impedida de establecer límites que impliquen la recuperación ambiental de un área determinada con intervención antrópica incluso a niveles de calidad natural, simplemente que primero debe así declararlo, y desde luego, informar cómo los beneficios sociales superan a los costos sociales.”* (énfasis agregado)

Con ello el Tribunal simplemente está utilizando el tercer subprincipio o elemento que integra el “principio de proporcionalidad”, esto es, la ponderación en sentido estricto como un criterio de validez de la norma administrativa, el que exige que la medida adoptada por la autoridad resulte equilibrada para el interés general, esto es, se obtengan beneficios superiores a las limitaciones o restricciones de derechos que la medida comporta (Nogueira Alcalá, 2010).

Este elemento o subprincipio es especial para aplicar el “principio de proporcionalidad” en el ámbito de las actuaciones administrativas discrecionales y de



naturaleza normativa o reglamentaria, como es el caso, ya que sólo ello permitirá en muchas ocasiones realizar un control estricto de la juridicidad de tales actuaciones (López González, 1998). En otras palabras, la amplitud competencial de que goza la autoridad pública en estos casos le permite adoptar, en principio, medidas o decisiones muy diversas, ya que la juridicidad formal estará garantizada por este amplio margen de acción inicial. Sin embargo, el balance entre beneficios y limitaciones que impone el "principio de proporcionalidad" impone un criterio material de control de juridicidad de la actividad administrativa, cuya evaluación mejorará el estándar de decisión de la autoridad.

Pues bien, el nuevo AGIES, en la medida que analiza los costos y beneficios sobre la base de los mismos valores originales, sin analizar cambios o alternativas que permitan fundar que tales niveles representan mayores beneficios socioeconómicos por sobre los costos asociados, carece de la debida proporcionalidad, incurriendo nuevamente en el mismo vicio denunciado en el proceso judicial anterior. En este sentido, el nuevo AGIES que se incorpora a este nuevo procedimiento de dictación de la NSCA simplemente se adecua a los parámetros originales ya contenidos en el Anteproyecto, pero sin realizar un análisis serio y real de los costos y beneficios que importa la adopción de esta nueva normativa pública.

##### **5. La eventual responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la sentencia judicial**

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es preciso también señalar que las deficiencias de este nuevo procedimiento administrativo dispuesto para la elaboración de la nueva NSCA de la cuenca del río Valdivia puede también acarrear responsabilidades administrativas para las autoridades y funcionarios públicos que participaron o participan actualmente de aquel.

En efecto, como se sabe, todos los funcionarios públicos deben actuar con estricta sujeción al principio de probidad administrativa, el que consagrado en los artículos 52 y siguientes de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado constituye una piedra angular en nuestro derecho de la actividad de



---

los agentes públicos. Este principio, como bien lo indica la norma ya citada, implica exigir a las autoridades y funcionarios públicos “una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia de interés general sobre el particular”, añadiendo el artículo 53 de la misma ley que “el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

Es evidente que la adopción de un procedimiento administrativo sin ajustarse a lo resuelto por un tribunal de justicia afecta este principio de probidad administrativa, en la medida que su conducta no está privilegiando el interés general al utilizar los recursos públicos de una forma ineficiente e ineficaz. Además, su actuación no parece razonable y orientada por el principio de imparcialidad que debe guiar el desempeño de su cargo público, ya que insiste, a través de un Anteproyecto, en la dictación de una NSCA que ha sido cuestionada y anulada en sede judicial, sin proveer de nuevos antecedentes técnicos que superen las objeciones acogidas en el fallo del Tercer Tribunal Ambiental.



## 6. Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes, es posible formular algunas conclusiones finales en esta materia:

- i. La sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia ordenó anular NSCA de la cuenca del río Valdivia y reanudar su procedimiento administrativo, a partir de la elaboración de un AGIES.
- ii. El Ministerio del Medio Ambiente cumplió con reanudar el procedimiento de dictación de la NSCA. Sin embargo, no ha cumplido cabalmente lo señalado en la sentencia, toda vez que los documentos elaborados no subsanan todas las falencias establecidas a partir de la referida sentencia. En efecto, de la lectura de la aludida sentencia, y a diferencia de lo que se indica en el Anteproyecto de NSCA, no es posible concluir que el único cuestionamiento técnico ambiental y/o de proporcionalidad de las exigencias contenidas en la norma anulada que hicieran los tribunales se limitara a adecuar lo indicado respecto del parámetro Zinc. Por el contrario, para precisamente poder pronunciarse respecto de la proporcionalidad de la norma los tribunales exigieron contar con un AGIES adecuado, y *“desde luego, informar cómo los beneficios sociales superan a los costos sociales”* (Considerando 62 de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental), lo que no ha sucedido en la especie.
- iii. Los problemas procedimentales y de fondo que presenta el nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia dejan en evidencia un cierto incumplimiento de la Sentencia del Tribunal Ambiental, confirmada por la Excma. Corte Suprema, en la medida que no acoge todas las objeciones planteadas por el tribunal en relación a la falta de fundamentación de los informes y normas propuestas, principalmente desde la perspectiva de la proporcionalidad y el análisis de costos y beneficios.
- iv. Por último, la no sujeción estricta de la autoridad administrativa a los parámetros establecidos en las sentencias del Tercer Tribunal Ambiental y la Excma. Corte Suprema pueden eventualmente acarrear responsabilidad administrativa a las autoridades y funcionarios



---

públicos que participaron o participan del procedimiento de elaboración del nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que pudiera darse lugar.

Es todo cuanto puedo informar a UD.

Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Valparaíso



## BIBLIOGRAFÍA

López González, J. I. (1998). El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo. Cuadernos de Derecho Público, 143-158.

Nogueira Alcalá, H. (2010). El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En C. M. Carbonell, El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica (págs. 353-402). Santiago: Librotecnia.