

ALCANCES JURÍDICO-PÚBLICOS A PARTIR DE LA SENTENCIA DE LA E. CORTE SUPREMA ROL N° 5.888-2019, EN ACCIÓN DE PROTECCIÓN POR CONTAMINACIÓN DE LAS COMUNAS DE QUINTERO Y PUCHUNCAVÍ

CHRISTIAN ROJAS C.

RESUMEN: Se analiza críticamente la sentencia dictada por la E. Corte Suprema en causa por contaminación en virtud de material particulado permanente, de las localidades de Quintero, Ventanas y Puchuncaví. Se separan del fallo aquellos aspectos que se destacan singularmente, y de las medidas establecidas se analizan críticamente aquellas que se consideran más problemáticas. Finalmente, se cierra con algunas consideraciones sobre el estado de la ejecución del fallo, que coincide con el PPDA para Concón, Quintero y Puchuncaví.

PALABRAS CLAVES: Medioambiente, Quintero y Puchuncaví, riesgos, competencia, legitimación, ejecución.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Complejidades sobre la legitimación en el proceso o acción de protección. 3. Complejidades sobre la vulneración de los derechos invocados. 4. Las medidas y el ámbito (sustantivo) competencial de los poderes públicos. 5. El *revival* del “recurso de protección ambiental”. 6. El balance de la sentencia. 7. La cuestión sobre la ejecución de la sentencia. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 28 de mayo de 2019, la E. Corte Suprema –conociendo de una apelación de la sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso– dictó sentencia en causa rol N° 5.888-2019, caratulada “Chahuán, Francisco y otros con ENAP Refinerías S.A. y otras”, y acogió la acción intentada en favor de la mayoría de los recurrentes disponiendo una serie de medidas para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección de los afectados.

Se trata de una sentencia que acumuló 12 recursos de protección intentados a partir de los eventos de contaminación y emergencia

ocurridos en el complejo industrial Quintero-Ventanas- Puchuncaví a partir de fines de agosto y hasta principios de septiembre de 2018, atribuido a las industrias allí concentradas, adicionando el incumplimiento de deberes reprochado a las autoridades públicas pertinentes fundados en la vulneración del derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

La sentencia tiene 57 considerandos y 82 páginas, con redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y con una prevención del Ministro Sr. Aránguiz.

La sentencia tiene muchos aspectos a ser considerados en distintos niveles de profundidad de acuerdo a lo que plantea –políticos, filosóficos, éticos, históricos–, pero en este espacio se tratarán de abordar solo algunos de los aspectos jurídicos con una perspectiva crítica, que se pasan a desarrollar.

Para ello, este comentario se concentrará en las siguientes cuestiones: la legitimación activa en el marco de un proceso de amparo de derechos fundamentales de carácter colectivo; el modo en que se consideran vulnerados los derechos invocados; el *revival* del recurso de protección ambiental; el alcance de las “facultades” conservadoras; e inevitablemente algo sobre la ejecución.

2. COMPLEJIDADES SOBRE LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO O ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Una de las cosas interesantes que plantea el fallo es la legitimación activa.

Al respecto dos datos: a) desecha 3 recursos de protección, pues fueron presentados en favor de los habitantes de las comunas afectadas; y b) sin embargo, la institución de la legitimación se construyó con base en la categoría conceptual de la acción vinculada a la titularidad de un derecho.

En efecto, se funda el rechazo a tres de los recursos presentados –destacadamente el del senador Fransico Chahuán–, en la teorización realizada a partir de la expresión “el que” con que inicia el artículo 20 de la CPR, lo que lo lleva a afirmar que este recurso de protección exige un perjudicado o agraviado, y reforzar luego su razonamiento al afirmar que esta no es una acción popular, por lo cual los desecha derechamente.

Sin embargo, el sentenciador olvida, que en realidad este es un proceso sumario de cautela de protección de derechos fundamentales o un proceso urgente de tutela de derechos fundamentales, que tiene por objeto cautelar a todas las personas –privadas y públicas, naturales y jurídicas– en el pleno disfrute de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y que ella misma declara amparables por este mecanismo procesal (artículo 19 y 20 CPR)¹. Olvida además que la legitimación se construyó para tutelar, es decir, proteger derechos de naturaleza privada o particular –como parte de presupuestos procesales de fondo²–, y no como fundamento para obtener tutela de derechos fundamentales. Esto es, además, particularmente complejo de sostener cuando se trata del derecho al medio ambiente libre de contaminación, de titularidad típicamente colectiva, no obstante que pueda ser protegido para alguien en específico en su caso.

Al respecto, el derecho constitucional que se establece en el numeral 8 del artículo 19 de la CPR es a vivir en un medio ambiente libre de contaminación para las personas que habitan el territorio, no a un medio ambiente incontaminado *per se*. Ello dado que este derecho tiene un contenido eminentemente antropocéntrico, siendo sus titulares todas las personas –como queda claro del encabezado del artículo 19– para ser titular de un derecho³.

En este orden de cosas, cabe señalar que la existencia de un derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado o sostenible, que sustantivamente constituye un derecho de carácter inequívocamente social con consecuencias de orden económico. En otras palabras, no es un derecho civil ni político. Es más, hay una confluencia entre un derecho subjetivo y un deber o carga estatal de proteger el patrimonio ambiental; se limitan típicos derechos civiles (típicamente los de propiedad).

Entonces, los derechos de orden ambiental y la disciplina misma del Derecho del Medio Ambiente solo pueden entenderse en la medida que exista un reconocimiento normativo –como lo hay– y

¹ FERRADA BÓRQUEZ, J. C. (2011): “Los procesos administrativos en el Derecho chileno”. *RDPU*CV Vol. XXXVI, p. 267.

² También llamadas condiciones de la acción: a) la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal; b) la legitimidad para obrar; c) el interés para obrar; y d) que la pretensión procesal no haya caducado.

³ BERMÚDEZ SOTO, J. (2015): *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 114-117.

de rango constitucional; una regulación correlativa que permita hacer efectivo aquello –como también lo hay y que se concreta en la LBGMA, LOSMA y LTA–. Así pues, la disciplina del Derecho del Medio Ambiente marca la frontera entre las actividades y sus respectivos riesgos que serán asumidos por una determinada sociedad en un momento determinado, y aquellas que al contrario serán rechazadas; de manera que uno de los principales retos de la actualidad consiste en encontrar precisamente la forma de compaginar los impactos ambientales de las actividades económicas que se desarrollan a partir de la presión sobre los recursos naturales (sea porque se consumen, sea porque son contaminados), precisamente con el entorno, estructurándose la forma de solución, es decir, la operación de tres pilares: precaución, colaboración y responsabilidad⁴.

Además, específicamente sobre la legitimación activa en la acción de protección, vinculando lo indicado más arriba: particularmente que más allá de que sea un derecho subjetivo (de un sujeto = persona), existen claros intereses supraindividuales e incluso intergeneracionales ligados a la protección del medio ambiente. Por lo mismo, dado que el número de afectados puede ser indeterminado, aunque referido a una zona geográfica más o menos amplia, el número de habilitados para deducir la correspondiente acción de protección en principio también es amplio (si bien cabe distinguir entre intereses difusos e intereses colectivos para la invocación de esta acción)⁵.

Y siendo una situación problemática como ha sido afirmado, el alcance de aquello, se ha delimitado bajo el concepto de entorno adyacente. Esto pues la extensión del derecho no puede ser tan restrictiva que lo haga confundirse con otros derechos (típicamente el derecho a la vida), ni tampoco hacerlo tan amplio que torne imposible articular mecanismos de protección o tutela, ya sea preventiva, o bien, reactivamente⁶.

⁴ CERSKI LAVRATTI, P. (2011): *El Derecho Ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico*. Tarragona: Publicaciones URV, pp. 83-100.

⁵ GUZMÁN ROSEN, R. (2012): *Derecho ambiental chileno*. Santiago: Planeta Sostenible, pp. 82-84.

⁶ BERMÚDEZ SOTO (2015), pp. 123-124.

3. COMPLEJIDADES SOBRE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS INVOCADOS

Como una segunda cuestión crítica, y tal como se anunció al inicio, son tres los derechos fundamentales (del artículo 19 CPR) invocados como vulnerados por los recurrentes, a saber: a la vida (numeral 1º), a la salud (numeral 9º) y a un medio ambiente libre de contaminación (numeral 8º); deducido en contra de la acción u omisión de empresas estatales y privadas (ENAP y todas) y en contra fundamentalmente de la omisión de autoridades públicas (Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Salud, SEREMI de Salud, ONEMI, Ministerio del Interior, el Estado y Presidente de la República).

Ahora bien, del fallo se lee (Cons. 35º) que pese a que la actividad de los agentes económicos asentados en la zona se ha llevado a efecto sin implementar medidas adecuadas de conservación y protección del medio ambiente, lo cierto es que no existen antecedentes en autos que permitan determinar cuáles son los compuestos, elementos o gases que causaron los episodios de contaminación, cuáles las fuentes y quiénes los responsables; desconocimiento que pone de manifiesto “una amenaza concreta que no puede ser ignorada para la integridad, salud y vida de los vecinos”.

Cierra el argumento señalando (Cons. 36º) que es forzoso concluir que las exigencias de las acciones cautelares de protección se han cumplido, por lo cual fundada ahora en las “facultades conservadoras” define las medidas cuya adopción ordena.

En esta parte, se debe dejar constancia de algunos elementos críticos:

- a) El derecho a la salud, no se encuentra protegido por el proceso de protección (solo la libertad de elegir sistema de salud);
- b) A partir de estos reconocimientos de los Considerandos especialmente referidos, se oscurece la responsabilidad, por lo cual la aplicación de categorías asociadas a titularidades privadas, de nuevo no resultan muy aplicables y se difuminan en este entorno diferente, básicamente de tutela de derechos fundamentales; y
- c) El uso de las facultades conservadoras para fundar luego las “medidas”, se estima que no resulta adecuado ni necesario, pues tiene fuente no constitucional (artículo 3 COT), tiene

por objeto velar por que los poderes públicos actúen dentro de la esfera de sus atribuciones y con resguardo de las garantías individuales, y basta para ello, usar la misma norma constitucional del artículo 20 CPR.

Con ello, se “ensucia” la línea argumentativa, que sirve de base a sus medidas.

En torno a esto, es especialmente criticable el recurso a las “facultades conservadoras”, las que en realidad no son facultades, es decir, no son facultativas y por consiguiente no dependen de la mayor o menor voluntad de sus titulares, sino que dependen de la presencia o no de unos hechos a los cuales van aparejados un conjunto de consecuencias más o menos determinadas que generan el título de potestad, ello porque los poderes públicos no detentan derechos sino que detentan poderes jurídicos⁷.

Esas potestades conservadoras, que miran hacia la acción sobre todo de la actuación de los poderes públicos –destacadamente, por la extensión de su actividad, la Administración Pública–, y comprende a todas atribuciones conferidas a los tribunales de justicia con el propósito de mantener la supremacía de las funciones que la Constitución entrega a cada poder público, siendo su finalidad velar por el respeto de la Constitución y las leyes, como, asimismo, proteger los derechos constitucionales; comprendiendo instrumentalmente lo siguiente: la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la resolución de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia, la acción constitucional de amparo o recurso de amparo, la acción constitucional de protección o recurso de protección, el amparo ante el juez de garantía, el privilegio de pobreza, las visitas a los lugares de prisión o detención; el procedimiento de desafuero, y el recurso de reclamación por pérdida de nacionalidad.

Entonces, las medidas –que se analizan a continuación–, adoptadas en este fallo parece que se exceden del ámbito o competencia de las potestades conservativas referidas, por lo que el recurso a ellas aparece como un exceso, aunque sea solo en términos argumentativos.

⁷ Sobre las características de las potestades públicas en general, ver a ROJAS CALDERÓN, C. (2014) *Las potestades administrativas en el Derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 26-30.

Lo que sí parece razonable, es el recurso a la idea de “restablecimiento del Derecho”, que sí aparece de manera explícita consagrada en el artículo 20 de la CPR, como un medio para determinar medidas aplicables a partir de esa decisión judicial. Otra cosa, y ya se verá ello, es la entidad de esas medidas y el ámbito en el que pueden operar decisiones judiciales cuando se trata de acción administrativa de carácter operativo o material: típicamente el ámbito del interés público o general (que se expresa en la oportunidad, el mérito y la conveniencia de dicha actividad) reconocido en el artículo 11 de la LOCBGAE y en el artículo 61 de la LBPA, siendo por lo demás, un ámbito competencial de la Administración Pública.

4. LAS MEDIDAS Y EL ÁMBITO (SUSTANTIVO) COMPETENCIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS

Como bien se sabe, la sentencia objeto de este comentario determinó catorce medidas –algunas más concretas que otras– al acoger la acción de protección, entre las que se consideran: la realización de estudios; a partir de ellos, implementación de acciones (en el plazo de 1 año); con los resultados obtenidos, reducir las emisiones desde las fuentes; iniciar procedimientos para reformar las exigencias en normas de emisión, calidad y demás; elaboración de diagnósticos de enfermedades con su seguimiento de casos; diseño de planes de traslado o evacuación de población vulnerable en caso de emergencias; creación de sitio web para mantener informada a la población; mandato para cursos de acción a las autoridades administrativas; modificaciones de planes territoriales, y agregando una última bajo la fórmula “cualquier otra diligencia o actuación que resultare necesaria para el acabado cumplimiento de lo ordenado en el fallo”.

Ello lo hace a partir del reconocimiento de un claro problema. La incertidumbre científica que impacta al Derecho, y sobremanera al Derecho del medio ambiente⁸, para lo cual echa mano a –lo dice expresamente– los principios de precaución y prevención ambiental. Sin embargo, esto lo hace sin considerar que lo propio de las tareas que hacen los tribunales en virtud de su potestad propia, cuando dan protección de garantías fundamentales, es hacer operar

⁸ ESTEVE PARDO, J. (2014): *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, pp. 53-61.

solo la precaución—en este caso, ambiental—, conforme lo cual pueden adoptarse medidas excepcionales de cautela o protección con dos límites claros: proporcionalidad y temporalidad.

En cambio, la prevención ambiental, es algo propio de la actividad administrativa entregada a otros poderes públicos, en la medida que, sea en general (a través de una ley) o en específico (a través de una RCA por ejemplo), se deben tomar decisiones basadas en un conocimiento científico dado y vigente. Por eso su expresión más típica es la autorización ambiental.

Por tanto, en este sentido, se estima que se han dispuesto algunas medidas en donde se ha operado como regulador diseñando políticas públicas, estableciendo modalidades e incluso metodologías de diseño o planes de trabajo para fijar parámetros (especialmente claro en el Cons. 51º).

Pues bien, como se ha sostenido anteriormente⁹, la estructura regulatoria y operativa en el sector medioambiental “descansa” sobre elementos exógenos al control judicial, a lo menos en su parte más significativa.

En efecto, constituido el *riesgo* como centro de las preocupaciones del Derecho Administrativo en general, así como todas sus especialidades o autonomías —como el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho de Minería, el Derecho de la Energía—, que antes adscribían a la vieja policía administrativa de acuerdo a un clasificatorio y conceptos de conocidos, y con las técnicas de intervención administrativa propias de la policía general (regulación, autorización, ordenación; inspecciones; y sanciones); ese viejo esquema de conceptos y normas, está claramente desajustado a la realidad¹⁰, lo que se proyecta a todas las actividades relacionadas, entre ellas y de manera central al Derecho del Medio Ambiente.

Entonces, si tradicionalmente, en cuanto a la intervención de la policía administrativa se refiere, el concepto clave era el de orden público. De tal manera que, a través de este instrumento y de sus medios se produce un estado donde hay o no hay orden, lo que es

⁹ ROJAS CALDERÓN, C. (2020): “Bases metodológicas para el análisis del Derecho del medioambiente en su faz activa o direccional”. *Revista de Derecho del Estado*, N° 54, pp. 275-303.

¹⁰ ROJAS CALDERÓN (2014), pp. 139-144.

determinante en la aplicación de sus instrumentos¹¹; en relación ahora al riesgo –especialmente el riesgo ambiental–, la cuestión es diferente, pues respecto de este la primera decisión está radicada en la opción decisional entre riesgos posibles, aquellos que implican mayores o menores contaminaciones, mayores o menores afecciones a la salud o seguridad o bienes o patrimonio ambiental de una persona o de un colectivo o de toda la población actual y de las generaciones futuras en su caso¹².

Dicho lo anterior, resulta clave sostener y aclarar que las decisiones que se toman con respecto a los riesgos –incluidas las que se adoptan por las normas jurídicas y/o por las autoridades–, no son decisiones que implican la exclusión de todo riesgo, pues la tecnología o la industria e incluso el mero actuar humano en su entorno, nunca va a ser insípido. Son decisiones que ineludiblemente se plantean como opciones *entre* riesgos, que generan la necesidad de optar por un riesgo u otro, o por determinado nivel de riesgo; entonces, las decisiones jurídicas mediante normas legales, reglamentarias o de nivel subreglamentario, o derechamente decisiones administrativas singulares –concretadas en actos administrativos de distinta entidad–, son decisiones cuyo objeto es determinar el riesgo, o el nivel de riesgo por el que se opta; en definitiva, el riesgo que se acepta o riesgo permitido¹³.

Como se ha sostenido, todas las cuestiones planteadas a partir de los riesgos, son propias de países desarrollados o en vías de desarrollo. Al encontrarse estrechamente vinculada dicha cuestión con una sociedad industrial y tecnológicamente desarrollada y en constante

¹¹ Sin embargo, esta aspiración, con relación a los riesgos, es una aspiración absolutamente irreal, toda vez que no es posible aspirar a un riesgo cero, pues no existe, es inalcanzable. El riesgo cero sería posible alcanzarlo solo y en la medida que volviéramos a un estado de naturaleza en el cual, no estaríamos afectados por los riesgos de la tecnología que nosotros desarrollamos, pero estaríamos expuestos entonces a todos los peligros naturales posibles, de mucha mayor entidad sin duda.

¹² A mayor abundamiento –y por eso se impone la perspectiva de riesgos en este análisis–, que los principales problemas que se plantean en la industria no son problemas que se planteen con relación a actuaciones anti o extrajurídicas; sino que fundamentalmente sus problemas surgen de situaciones que ajustadas plenamente a la legalidad –o sea son intrajurídicos–, igualmente producen riesgos y pueden generar significativos daños de diverso orden.

¹³ ESTEVE PARDO, J. (2018): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, pp. 363-365.

evolución¹⁴, lo que supone, además, una autocomprensión muy clara y que genera un estado de cosas que normalmente desborda al Derecho en miras de respuestas eficaces y eficientes, pero que también llama a pensar o repensar el tipo de sociedad que se construye. En su virtud, debe dejarse de lado una perspectiva de operatividad regular y tradicional –lenta y segura–, para dar pie a una instrumentación jurídica caracterizada por medios ágiles de respuesta, que tutelen al mismo tiempo tanto los derechos de las personas como la actividad económica y los intereses generales dentro de los cuales está claramente la tutela del medio ambiente, de la salud, y de la legalidad sustantivamente considerada. Una adecuada comprensión de aquello, ya hace tiempo fue descrita entre nosotros al reconocer amenazas, tendencias y desafíos de la globalización frente a la protección ambiental como: contaminación transfronteriza, la exportación de la contaminación, la desigualdad tecnológica, la efectividad y vigencia de la normativa, el desarrollo sostenible, y su vinculación con la calidad de vida de las personas¹⁵.

En este sentido, el primer cometido que corresponde a los poderes públicos en relación a los riesgos, es la determinación y decisión sobre el riesgo que se acepta (*RISK ASSESSMENT*), lo que requiere de su conocimiento y valoración y que genera una referencia normativa.

El segundo cometido es la gestión del riesgo (*RISK MANAGEMENT*) que previamente ha sido aceptado, a través de lo cual se ejerce un control sobre el riesgo, lo que posibilita adoptar las medidas necesarias para su reducción, y que atiende fundamentalmente a las instancias y sujetos que desarrollan esas funciones¹⁶. De esta manera, los dos ámbitos referidos –el normativo y el de operación– se erigen como centro de la regulación, gestión y control de los riesgos. Luego, la determinación y decisión del riesgo permitido puede realizarse con carácter general o de manera particular, en virtud de la atribución de dosis medidas y competenciales de poder jurídico –concretado en potestades administrativas–, que el ordenamiento

¹⁴ ESTEVE PARDO, J. (1999): *Técnica, riesgo y Derecho*. Barcelona: Ariel, p. 107.

¹⁵ BERMÚDEZ SOTO, J. (2004): “Globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del Derecho Internacional del Medio Ambiente”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (RDPUCV)*, XXV, pp. 55-63.

¹⁶ ESTEVE PARDO (2014), pp. 53-62.

atribuye o debe atribuir a los órganos encargados de dicha determinación o gestión en su caso¹⁷.

No debe perderse de vista un tercer cometido, que opera solo en el supuesto de que se produzcan daños, en cuyo caso corresponde determinar y aplicar adecuados mecanismos de atribución o adjudicación, lo que genera un sistema de responsabilidad por el riesgo concretado en daño (*RISKLIABILITY*)¹⁸.

De esta manera, el fallo, en virtud de estas consideraciones, ha cometido claramente un exceso competencial. Esto, al entrar a realizar tareas de determinación y de fijación del modo o metodología de ejecución de políticas públicas, concretadas en planes y programas.

Claro, eventualmente, puede deberse en parte significativa a la inacción de los poderes públicos que sí son competentes, pero eso no la habilita a romper con esa separación directamente.

5. EL *REVIVAL* DEL “RECURSO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL”

En el fallo, en otro orden de consideraciones, aparentemente hay una especie de renacimiento del que llegó a conocerse como “recurso de protección ambiental”, instrumento muy utilizado antes de la gran reforma a la LBGMA en virtud de la Ley 20.417 y complementariamente con la Ley N° 20.600 de Tribunales Ambientales.

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, con posterioridad a las reformas se declararon inadmisibles varios recursos de protección de carácter ambiental, dando como razones que los hechos descritos excedían el objeto del recurso de protección, agregando

¹⁷ ROJAS CALDERÓN (2014), pp. 41-63.

¹⁸ Es posible identificar como ejemplos de esto los siguientes casos en Chile, todos de responsabilidad ambiental por daños derivados de la negligencia de la Administración Pública: Corte Suprema, rol N° 8.895-2009, caso Copeva II; Corte Suprema, rol N° 9.924-2010, caso Vacas Locas; Corte Suprema, rol N° 10.156-2010, caso Bajos de Mena; y Corte Suprema, rol N° 11.857-2014, caso Plomo de Arica II. Aquellos fueron tratados en ROJAS CALDERÓN, C. (2016) “Responsabilidad de la Administración Pública en materia ambiental, por daños causados por entidades privadas autorizadas”. FERRADA, J./ BERMÚDEZ, J./ URRUTIA, O. Eds. *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno. Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV, pp. 612-615.

que las materias planteadas debían ser ventiladas en el procedimiento contenido en la Ley 20.600, ante el Tribunal Ambiental creado especialmente al efecto, lo que se contrapone con la naturaleza cautelar de la acción de protección, aplicando la norma de inadmisibilidad establecida en el N° 2 del auto acordado respectivo. Y esto, aparentemente, lo hizo intentando ordenar lo que podría ser una doble vía de impugnación judicial de las cuestiones de naturaleza medio ambiental¹⁹.

No obstante, se diría que en los últimos dos años, se ha producido un giro relativo de esa tendencia, acogándose recurso de protección en materia ambiental, siendo casos destacados del último tiempo el de los roles CS N° 15.499, 15.500 y 15.501 de 2019 (caso Altos de Puyay), N° 197-2018 (prospección Minera Terrazas) y el que es objeto de este comentario.

Ello puede deberse a que desde el punto de vista técnico, parece que en todos los citados lo que hay es un escape de cuestiones de orden ambiental, que no alcanzan a debatirse en su propia sede (la de los Tribunales Ambientales), y tiene que venir la Corte Suprema a corregir, a veces con mayor o menos ímpetu, las deficiencias estructurales del sistema de protección medioambiental.

Sobre esas deficiencias estructurales, precisamente es la E. Corte la que ha ido perfilando mucha de esa institucionalidad. De tal manera que así como sucede con respecto al decaimiento administrativo (como fórmula jurisprudencial de término de procedimientos administrativos), en el ámbito medio ambiental moldea la institucionalidad ambiental, por ejemplo a través de la figura de la invalidación impropia, en cuya virtud, se la ha reconocido como un reclamo de ilegalidad general, con agotamiento previo de la vía administrativa. Para aquellos casos en que no existe un medio de impugnación regulado para actos administrativos ambientales vinculados a un instrumento de gestión ambiental.

La Corte Suprema ha ido delimitando los alcances de esta disposición, incluido el plazo para solicitar la invalidación administrativa previo al ejercicio del reclamo de ilegalidad ante la judicatura

¹⁹ BOETTIGER PHILIPPS, C. (2014): “La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria”. *Actualidad Jurídica* N° 29, pp. 299-300.

ambiental. A este respecto, es posible encontrar dos criterios establecidos por el máximo tribunal.

El primero, asentado bajo la que ha sido denominada *teoría de la invalidación impropia*. Ha señalado que el plazo para interponer el recurso de invalidación en sede administrativa sería de 30 días, basado en una interpretación armónica de las leyes N° 19.300 y N° 20.600, en los que establecen dicho plazo para los diversos recursos que contemplan. El otro criterio más reciente, sostiene que el plazo para la interposición del recurso de invalidación ante la autoridad administrativa sería de dos años, basado en que el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 se funda en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, disposición que contempla el plazo de dos años para la invalidación administrativa.

Esto, incluso ha llevado a sostener que el contencioso-administrativo de la Ley N° 20.600 es un procedimiento “sumarísimo”, cuya precariedad genera dos consecuencias negativas: limita tanto el contradictorio de las partes en el juicio, como las facultades revisoras del tribunal ambiental²⁰.

6. EL BALANCE DE LA SENTENCIA

Se trata de una sentencia muy interesante, con una redacción adecuada, y que resulta muy atractiva de leer completamente, con la que incluso podría estarse de acuerdo en el fondo. Sin embargo, adolece de algunos problemas –como los destacados en el análisis crítico que se acaba de hacer–, y de muchas respuestas a preguntas aún sin respuesta.

Quisiera destacar la prevención del ministro Sr. Aránguiz, quien fue de la opinión de acoger el recurso, esto es, suspender el funcionamiento de las industrias por 90 días, con el objeto de que las autoridades administrativas tomaran todas las acciones necesarias tendientes a que las compañías presenten un plan de prevención y descontaminación en aplicación el principio de prevención ambiental.

²⁰ MÉNDEZ ORTIZ, P. (2018): “La precariedad del contencioso ambiental”. *Ius et Praxis* Año 24 N° 3, pp. 525-552.

Esta prevención parece ser más coherente y consistente con las finalidades de un proceso cautelar de derechos fundamentales como es la acción de protección.

7. LA CUESTIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Cuestión especialmente relevante, dados los extensos ámbitos que comprende la resolución dictada, es lo relativo al modo en que se ha procedido a ejecutar la sentencia y el modo en que debe procederse. Si bien la sentencia es de 2019, la complejidad de las materias comprendidas y resueltas en el fallo revocatorio han hecho altamente compleja la ejecución; es tiempo de revisar siquiera someramente en este comentario.

Si bien es cierto que la sentencia de la Corte Suprema, que revocó la de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que había rechazado las acciones constitucionales interpuestas, es digna de destacar por su relevancia y por el contenido creativo de las quince medidas que ordena adoptar al Poder Ejecutivo en tutela de los derechos fundamentales, no es menos cierto que la ejecución de quince medidas de aplicación inmediata para restablecer allí el imperio del Derecho son sumamente controvertidas, como se ha analizado previamente.

Además de las varias medidas que la sentencia de máximo tribunal ordenó al Poder Ejecutivo implementar, hay una de ellas que es fundamental y a partir de la cual se articulan todas las demás y que consiste en que la autoridad sectorial, Ministerio del Medio Ambiente, deberá efectuar los estudios para establecer y determinar la naturaleza y características precisas de los gases, elementos o compuestos producidos por todas y cada una de las fuentes presentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, que contaminan el aire, suelo y agua, sea que correspondan a instalaciones de las empresas que allí operan y luego ordena ejecutar las medidas de mitigación que de este estudio se concluyan.

Para ello, contemporáneamente y después de una demorosa tramitación (hasta que Contraloría tomó razón, se dictó el Decreto MMA N° 105-2018 diario oficial de 30 de marzo de 2019), en cuya virtud se aprobó el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica (PPDA) de las comunas de Concón, Quintero y

Puchuncaví²¹ en el cual están depositadas muchas de las esperanzas de la población con respecto a la disminución de contaminación ambiental –de base atmosférica– tratados en la sentencia.

De especial significancia con respecto a los derechos fundamentales alegados y acogidos en la acción de protección que es objeto de este comentario, es la sección o capítulo IX sobre “Seguimiento y vigilancia de la calidad del aire, programa de difusión y educación ambiental”, en especial el artículo 51 que dispone:

Dentro del plazo de 6 meses contado desde la publicación del presente decreto, el Ministerio del Medio Ambiente elaborará los estudios necesarios para el rediseño y modernización de la red de monitoreo de calidad del aire de la zona cubierta por el Plan. El rediseño de la red deberá contemplar el monitoreo de los contaminantes normados (MP10, MP2, 5, SO2 y NOx), caracterización fisicoquímica del material particulado y medición de Compuestos Orgánicos Volátiles (COVs) tales como Benceno, Tolueno y Xileno, entre otros. A partir de los resultados de los monitoreos realizados, el Ministerio del Medio Ambiente iniciará, en el plazo de 18 meses contado desde la publicación del presente decreto, la elaboración de una norma primaria de calidad del aire referida a contaminantes clasificados como COVs, que puedan presentar impactos en la salud por la calidad del aire. El Ministerio del Medio Ambiente determinará, en el plazo de 3 meses contado desde la finalización del estudio señalado, las acciones necesarias para implementar la nueva red de monitoreo de la calidad del aire, la que será oficializada mediante resolución del Ministerio del Medio Ambiente. En la evaluación ambiental de proyectos o actividades emplazadas en la zona saturada, la SEREMI del Medio Ambiente respectiva deberá incluir en su pronunciamiento como órgano de la administración del Estado con competencia ambiental, aquellas exigencias de monitoreo de calidad del aire que deban cumplir los proponentes.

Pues bien, ocurre que, tras haber concluido el primer semestre de 2020, el Ministerio del Medio Ambiente aún no tiene el estudio

²¹ Ministerio del Medio Ambiente (en línea) “Plan de Prevención y de Descontaminación Atmosférica para las Comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví”. Disponible en: http://planesynormas.mma.gob.cl/archivos/2019/proyectos/56._PPDA_CQP_DO_2587-2617.pdf

macro de medición de cada una de las fuentes de contaminación del Complejo Industrial y entonces, dado su carácter condicionante, no ha aplicado a cabalidad las medidas que son esenciales para poner fin a la mega contaminación que afecta a la salud, vida y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación para los habitantes de esa zona. Siendo así, surgiría la posibilidad de que se alegue que el Ministerio del Medio Ambiente vuelve a tener una conducta omisiva en una materia de su competencia, al no contar en un plazo razonable con el citado estudio medioambiental, más cuando la Corte Suprema estableció el plazo de un año para cumplir las quince medidas que ordenó al Ejecutivo respecto de esta “zona de sacrificio”.

En efecto, lo último que hay es de abril de 2020, en cuya virtud se constató que profesionales de la delegación exclusiva de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), se desplegaron en terreno inspeccionando a empresas del cordón industrial de la zona, monitoreando las medidas que deben tomar en episodios de pre-emergencia y alerta ambiental, a raíz de los *peak* de Dióxido de Azufre (SO₂) constatados durante esta madrugada por las estaciones de monitoreo existentes.

8. CONCLUSIONES

Si bien la cantidad de episodios peligrosos para la población ha disminuido radicalmente, igualmente los fiscalizadores se encuentran realizando inspecciones en la Fundición Ventanas de Codelco y en el Complejo Termoeléctrico Ventanas de AES Gener. En ambos casos, las empresas deben ajustarse a las acciones comprometidas en sus Planes Operacionales para episodios de pre emergencia y alerta ambiental. Con la información recabada en terreno se realizarán informes de fiscalización y se evaluará si hubo o no cumplimiento normativo²².

Pero, poco y nada más se ha avanzado.

²² Superintendencia del Medio Ambiente (en línea) “SMA realiza inspecciones a industrias afectas al Plan de Descontaminación de Concón, Quintero y Puchuncaví”. Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/2020/04/26/sma-realiza-inspecciones-a-industrias-afectas-al-plan-de-descontaminacion-de-concon-quintero-y-puchuncavi/>

Es de esperar que en lo que queda de 2020 –período en el cual se han registrado 7 alertas ambientales, de las cuales 5 han sido mientras Chile ya se encontraba bajo la amenaza por la pandemia mundial del COVID-19–, producto de altos índices de contaminación por Dióxido de Azufre (SO₂), se concreten las medidas ordenadas por la sentencia comentada, por lo menos aquellas en las que coincide el PPDA de Concón, Quintero y Puchuncaví.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERMÚDEZ SOTO, J. (2004): “Globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del Derecho Internacional del Medio Ambiente”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (RDPUCV)*, XXV.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2015): *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BOETTIGER PHILIPPS, C. (2014): “La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria”. *Actualidad Jurídica* N° 29.
- CERSKI LAVRATTI, P. (2011): *El Derecho Ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico*. Tarragona: Publicaciones URV.
- ESTEVE PARDO, J. (1999): *Técnica, riesgo y Derecho*. Barcelona: Ariel.
- ESTEVE PARDO, J. (2014): *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J. (2018): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. C. (2011): “Los procesos administrativos en el Derecho chileno”. *RDPUCV* Vol. XXXVI.
- GUZMÁN ROSEN, R. (2012): *Derecho ambiental chileno*. Santiago: Planeta Sostenible.
- MÉNDEZ ORTIZ, P. (2018): “La precariedad del contencioso ambiental”. *Ius et Praxis* Año 24 N° 3.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2014): *Las potestades administrativas en el Derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2016): “Responsabilidad de la Administración Pública en materia ambiental, por daños causados por

entidades privadas autorizadas”. Ferrada, J./ Bermúdez, J./ Urrutia, O. Eds. *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno. Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV.

ROJAS CALDERÓN, C. (2020): “Bases metodológicas para el análisis del Derecho del medioambiente en su faz activa o direccional”. *Revista de Derecho del Estado*, N° 54.

OTROS

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (en línea) “SMA realiza inspecciones a industrias afectas al Plan de Descontaminación de Concón, Quintero y Puchuncaví”. Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/2020/04/26/sma-realiza-inspecciones-a-industrias-afectas-al-plan-de-descontaminacion-de-concon-quintero-y-puchuncavi/>

MINISTERIO DEL MEDIO Ambiente (en línea) “Plan de Prevención y de Descontaminación Atmosférica para las Comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví”. Disponible en: http://planesynormas.mma.gob.cl/archivos/2019/proyectos/56._PPDA_CQP_DO_2587-2617.pdf