

Universidad de Chile.

Facultad de Derecho

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

“Análisis del Proyecto de Ley de Bonos de Descontaminación”.

Alumnos:

Ricardo Felipe Cerda Becker.
Juan Cristóbal Dougnac Correa

Profesor: Guía: Javier Vergara Fisher

Santiago, Chile. 2005.

Introducción .	1
Capítulo I. El problema ambiental desde una perspectiva económica. Política ambiental e instrumentos de Gestión Ambiental .	5
1.1.-El Problema ambiental desde un punto de vista económico ¹ .	5
1.1.1) Externalidades negativas: .	6
1.1.2) La tragedia de lo común ⁴ . .	7
1.2.- Política e Instrumentos de gestión ambiental .	8
1.2.1.- Antecedentes Generales: .	8
1.2.2.- Instrumentos de Gestión en particular . .	9
Capítulo II. Experiencia Comparada de los Permisos de Emisión y Experiencia Chilena de Compensación de Emisiones .	21
2.1.-Experiencia comparada de los Permisos de Emisión Transables .	21
2.1.1.- Antecedentes Generales: .	21
2.1.2.- Experiencia norteamericana del plomo en la gasolina. .	22
2.1.3.- Lluvia ácida: .	23
2.1.4.- Reclaim californiano: . .	23
2.1.5.- El caso del río Fox, Wisconsin: . .	25
2.1.6.- Protocolo de Kyoto: . .	25
2.1.7.- Directiva Europea sobre Comercios de Derechos de Emisión .	29
2.2.- Experiencia Chilena de compensación de emisiones: Decreto Supremo N° 4 .	31
Capítulo 3. El proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso . .	37
3.1.-Introducción: .	37
3.2.- Mensaje: . .	37
3.3.- Proyecto de Ley comentado: . .	39

¹ Para una mayor profundidad en el tema revisar, Azqueta,, Diego “Introducción a la Economía Ambiental” McGraw-Hill, 2002.

⁴ El título utilizado, es obtenido del famoso ensayo de Hardyn,, Garret “ The tragedy of the commons”, Science Magazine N° 162, 1968, págs, 1243-1248, en el que se analiza el problema del libre acceso a los recursos ambientales comunes en un mundo cada vez más poblado.

Capítulo 4. Análisis del proyecto de ley de Permisos de Emisión Transables desde una perspectiva Constitucional .	63
4.1.- Introducción: . .	63
4.2.- Primacía constitucional en el Derecho Chileno: .	64
4.3.- Análisis de normas constitucionales relacionadas con el proyecto de ley de Permisos de Emisión Transables: . .	64
4.3.1.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: .	65
4.3.2.- La libertad para el ejercicio de cualquier actividad económica: .	71
4.3.3.- Igualdad ante la ley y derecho a no ser discriminado arbitrariamente por el Estado en materia económica. .	76
4.3.4.- Libertad para adquirir toda clase de bienes. . .	77
4.3.5.- El derecho de propiedad. . .	78
4.3.6.- Garantías del debido proceso y penales. . .	83
4.3.7.- Garantía de protección jurídica de libre ejercicio de los derechos constitucionales 19 N° 26. . .	88
Capítulo 5 .	91
5.1.- Introducción: . .	91
5.2.- Cuestión previa: naturaleza jurídica de las aguas y del aire: . .	91
5.2.1.- Naturaleza jurídica del aire: . .	92
5.2.2.- Naturaleza jurídica de las aguas. .	93
5.3.- Naturaleza jurídica de los permisos de emisión transables: .	94
5.3.1.- Formas de las que se puede hacer uso de los bienes nacionales de uso público: . .	95
5.4.- Nuestra opinión: .	103
5.5.- Comentarios finales: .	110
Conclusiones .	113
BIBLIOGRAFIA .	117

Introducción

El problema de la contaminación ambiental en Chile ha requerido un gran esfuerzo por parte del Estado y de los privados para mitigar sus efectos. A pesar de ello, estamos lejos de alcanzar una situación óptima, a modo de ejemplo, la Región Metropolitana presenta niveles de saturación para varios contaminantes, y no resulta extraño ver imágenes de consultorios congestionados producto de enfermedades respiratorias.

Tradicionalmente para abordar el problema de la contaminación se han utilizado los denominados sistemas de comando y control, los cuales consisten principalmente en establecer por parte del Estado determinados parámetros sobre el cuidado del medio ambiente, sancionando a quienes violen esas directrices. Este sistema significa grandes costos, tanto para la administración como para los privados, no produciéndose muchas veces el resultado económico más eficiente, con la consecuente pérdida de recursos.

Es por lo anterior, que a medida que los estándares ambientales se tornan más complejos, la forma de proteger el medio ambiente también lo hace, buscando conjugar la protección con una relación costo eficiente de combatir el problema. En este contexto surgen los Permisos de Emisión Transables (PET).

En Junio de 2003 el Ejecutivo presentó al Congreso Nacional el Proyecto de Ley sobre Bonos de Descontaminación, dando cumplimiento, después de 10 años, al mandato establecido en la ley 19.300. Esto significa un gran cambio de enfoque en la manera de cómo afrontar el problema de la contaminación, así como sus costos de abatimiento.

En atención a lo anterior resulta indispensable un análisis jurídico, económico y práctico del proyecto, toda vez que es algo novedoso y sin mayores precedentes en el país.

Esta tesis, tiene por objeto principal realizar dicho análisis, formular críticas u observaciones al proyecto, y recolectar información relativa al tema.

Para abordar el análisis del proyecto de ley dividimos nuestro trabajo en 5 capítulos.

El primero de ellos aborda desde una óptica económica los orígenes de la contaminación, deteniéndose brevemente, en los conceptos de externalidad negativa y bien común, para luego revisar algunos instrumentos de gestión ambiental en particular desde una perspectiva económica- jurídica. Dichos instrumentos se explicarán brevemente, dividiéndolos en dos grandes grupos, instrumentos de comando y control por una parte, e instrumentos económicos por otra , luego señalamos sus principales ventajas y desventajas, tratando de ser lo más objetivos posible.

Estimamos que entender el razonamiento económico existente en los permisos de emisión transables, es indispensable para un adecuado entendimiento del proyecto de ley, ya que es desde la economía donde surge este instrumento de gestión ambiental.

Luego, en el Capítulo II, analizaremos la experiencia comparada, relativa a los permisos de emisión transables, como también la chilena, con esto buscamos dar un “pincelada” de lo que esta ocurriendo a nivel mundial en lo relativo a esta materia.

Previo a ello, señalaremos las formas de aplicación más comunes que presenta el sistema de permisos de emisión transables . Luego, pasaremos revista a las experiencias extranjeras de aplicación del sistema, principalmente en U.S.A.

Nos detendremos en el protocolo de Kioto, particularmente en los mecanismos de desarrollo limpio, que, si bien presenta diferencias con un SPET, sus similitudes justifican su tratamiento.

También abordaremos la Directiva Europea sobre Comercio de Derechos de Emisión, que busca cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad Europea en el protocolo de Kioto.

Finalizaremos este capítulo con un análisis de la experiencia chilena en la implementación de un embrionario sistema de permisos de emisión.

Posteriormente, en el capítulo 3, revisamos el proyecto de ley presentado en junio de 2003, con las indicaciones efectuadas por el Ejecutivo en enero de 2004 incluidas, esto es, como un todo, sin embargo nos detendremos en aquellas modificaciones que a nuestro juicio sean relevantes. Además, realizaremos los comentarios y observaciones al articulado que consideremos pertinentes y que no abordemos en los capítulos siguientes.

Después, en el capítulo IV, analizaremos el proyecto de ley de los SPET desde una perspectiva constitucional para lo cual dividiremos el capítulo en dos partes.

La primera aborda someramente uno de los principios rectores del actuar de la administración, como es el principio de legalidad.

La segunda, examina los derechos constitucionales que se ven involucrados con la dictación de un SPET. Identificados estos, revisaremos brevemente los antecedentes

generales de cada uno de ellos, para luego establecer si el proyecto de ley en estudio, esta acorde con la carta fundamental o si por el contrario la vulnera de alguna manera.

Finalmente, analizaremos la naturaleza jurídica de los permisos de emisión transables, ello ya que a pesar de que proyecto de ley los denomina *permisos* (en concordancia con lo dispuesto por la ley de bases) han surgido dudas si efectivamente se trata de esa figura jurídica o de otra de las que contempla la legislación para hacer uso de bienes nacionales de uso público o las cosas comunes a todos los hombres, como son el agua y el aire.

Ahora bien, previo a realizar el análisis esbozado en el párrafo anterior, señalamos porque el agua y el aire son bienes de dominio público, cosas y que consecuencias se sigue de ello.

Para efectos de facilitar la lectura de esta tesis hemos agregado un anexo que contiene el proyecto de ley de Bonos de Descontaminación, las Indicaciones efectuadas por el ejecutivo y una serie de láminas elaboradas por CONAMA, que ayudan el entendimiento del proyecto.

Capítulo I. El problema ambiental desde una perspectiva económica. Política ambiental e instrumentos de Gestión Ambiental

1.1.-El Problema ambiental desde un punto de vista económico ¹

La economía supone que el mercado constituye una manera eficiente de asignar los recursos escasos y que estos se irán donde sean más valorados, ahora bien, cabe preguntarse ¿como se señala el valor de las cosas? La respuesta es a través de los precios.

¹

Para una mayor profundidad en el tema revisar, Azqueta,, Diego “Introducción a la Economía Ambiental” McGraw-Hill,

2002.

Los precios nos entregan información sobre el valor que el mercado otorga a los distintos bienes y servicios, son los que contienen la información necesaria para que tanto consumidores como productores organicen su comportamiento. Se supone que los agentes económicos toman sus decisiones en base a los precios y en la medida que estos sean bajos o nulos tenderán a consumir más de un determinado bien o servicio.

Ahora bien, sucede que el medio ambiente tiene un valor económico indudable y proporciona una serie de servicios a las personas, pero lamentablemente el sistema de mercado, que es la manera que la sociedad actualmente ha escogido para la asignación de recursos no necesariamente le asigna un precio que refleje su valor económico.

De esta manera “quien utiliza las funciones de la biosfera en su propio provecho no toma en cuenta al tomar sus decisiones la pérdida de bienestar de quienes se ven privados por ello de estos servicios, ya que no tiene que pagar por el monto de estos perjuicios.”²

Esta carencia de precios, que equivale a una falla de mercado, se puede apreciar en los siguientes contextos: Externalidades, Bienes comunes, Bienes Públicos.

Para efectos de este trabajo analizaremos brevemente el problema de las Externalidades negativas y de los bienes comunes.

1.1.1) Externalidades negativas:

En términos generales podemos sostener que las externalidades negativas “aparecen cuando el comportamiento de un agente cualquiera (consumidor o empresa), afecta el bienestar de otro (su función de producción, o su función de producción de utilidad), sin que este último haya elegido esa modificación y sin que exista un precio, una contraparte monetaria que lo compense”³

Un ejemplo puede ayudar a clarificar este concepto. Supongamos que existe una empresa ubicada en un determinado valle que emite sustancias tóxicas a través de sus chimeneas como consecuencia de su proceso de producción. Esta acción de la empresa provoca una serie de costos a los habitantes del valle que ellos no han generado, tales como gastos en salud, enfermedades, baja en la productividad, disminución en la calidad de vida, etc.

En presencia de situaciones como estas se sostiene que nos encontramos ante una falla del mercado, dado que el productor de la externalidad (en el ejemplo la empresa) no tiene que pagar por ocasionar gastos a terceros, no incluye dichos gastos dentro de sus costos, en definitiva actúa como si el costo de eliminar los desechos fuese cero, cuestión bastante alejada de la realidad como nos podrán atestiguarlos habitantes del Valle.

Esta situación lleva al generador de la externalidad a producir en demasía, creándose una diferencia entre el costo marginal privado y el costo marginal social. Los

² Azqueta, Diego, pág 33 obra. citada

³ Azqueta, Diego, pág 34, op. cit.

costos marginales privados son aquellos en que incurre la empresa para producir una unidad adicional de su producto, como sería por ejemplo, la mano de obra, insumos, costos fijos etc., en cambio el costo marginal social es la suma del costo marginal privado y de los costos que se imponen a terceros involuntariamente por cada unidad de producción. Debido a que estos costos externos no se ven reflejados en el precio, estos no reflejan información que permita un resultado económicamente eficiente.

1.1.2) La tragedia de lo común ⁴

Relacionado con lo anterior se encuentra lo que se ha llamado “la tragedia de lo común”. “Se entiende por bienes comunes, para estos efectos, los elementos del ambiente que no pertenecen a nadie y que pueden por lo mismo ser utilizados por todos sin que nadie pueda alegar derechos exclusivos sobre ellos. Tal es el caso, por ejemplo, de la atmósfera y de la alta mar y sus fondos marinos, con todos sus recursos hidrobiológicos y minerales”⁵

Nuestra legislación reconoce en el artículo 585 del Código Civil la existencia de dichos bienes “Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como el alta mar, no son susceptibles de dominio y ninguna nación corporación o individuo tiene derecho a apropiárselas.”⁶

Estos bienes cuentan con las siguientes características, por una parte tienen libre acceso desde el punto de vista de su utilización y por otra parte carecen de precio, o en otros términos son bienes gratuitos que se pueden utilizar sin pagar por ello.

Esta gratuidad genera una sobre utilización del recurso ya que los costos que genera su uso son absorbidos por todos y en cambio los beneficios de dicho uso van para los respectivos usuarios o explotadores.

Analizado brevemente el problema desde un punto de vista económico cabe analizar los instrumentos que permiten que los generadores de los costos externos interioricen dichos costos y los integren en el sistema de precios.

Jurídicamente, esta búsqueda de internalización de las externalidades, se ha visto reflejada en un principio rector del derecho ambiental, el que cuenta con un amplio reconocimiento, como es el denominado principio “El que contamina paga”.

Este principio significa “optar entre las diversas alternativas posibles de atribución de los costos de descontaminación (sociedad en su conjunto – contaminador directo) por la

⁴ El título utilizado, es obtenido del famoso ensayo de Hardyn,, Garret “ The tragedy of the commons”, Science Magazine N° 162, 1968, págs, 1243-1248, en el que se analiza el problema del libre acceso a los recursos ambientales comunes en un mundo cada vez más poblado.

⁵ Rafael Valenzuela, Revista de la CEPAL, N° 45, Naciones Unidas - Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, diciembre de 1991

⁶ La problemática jurídica existente en relación a los bienes comunes, será abordada en el capítulo V de este trabajo.

solución en que los costos se imputan al sujeto contaminador”⁷

1.2.- Política e Instrumentos de gestión ambiental

1.2.1.- Antecedentes Generales:

Las actividades económicas, constantemente están ejerciendo presión sobre los recursos naturales ya sea porque necesitan de materias primas o de energía para llevar a cabo sus procesos productivos, generando con ello una serie de desechos que provocan contaminación del aire, suelo, agua.

“Cuando esta presión sobre los recursos excede la capacidad propia de recuperación del medio ambiente tal que se reduce la capacidad de éste para satisfacer las necesidades humanas se produce la degradación ambiental.”⁸

Para hacer frente a esta situación aparece la política ambiental, esta busca revertir la diferencia entre el nivel actual de calidad ambiental y el deseado, para lograr aquello se vale de los instrumentos de gestión ambiental que son una amplia gama de herramientas que tiene el ente regulador para modificar el comportamiento y lograr que se alcancen las metas propuestas. En otras palabras los instrumentos de gestión son los medios a través de los cuales se logra alcanzar el fin ambientalmente deseado.

La Autoridad para cumplir con los objetivos que se ha propuesto tiene las siguientes alternativas:

1. Acción directa:

Mediante esta alternativa Por una parte, pla autoridad puede intervenir directamente en un desequilibrio ambiental, comprometiéndose en programas que permitan compensar, prevenir o eliminar la degradación ambiental, como sería por ejemplo la realización de determinados proyectos públicos: tratamiento de aguas servidas, limpieza de las calles, pavimentación etc. Cabe señalar que el tema que nos interesa en este trabajo no es la eventual acción correctora del estado, por lo que solo diremos al respecto que el principio rector en esta materia es el de “coste beneficio”, es decir, se busca sacar el máximo de provecho a cada peso invertido. Además, el gasto en materias ambientales compite directamente con otro tipo de gastos, como los gastos en salud, educación, vivienda, etc.

La actividad directa de la autoridad, pese a su indiscutida utilidad, da señales equivocadas sobre las responsabilidades, no generando incentivos para que los individuos causantes de una conducta dañina con el ambiente modifiquen su comportamiento.

⁷ Jordano Fraga, Jesús. La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Editorial Bosch, 1995, p. 137.

⁸ Raúl O’Ryan. Andrés Ulloa, “Instrumentos de Regulación Ambiental en Chile, Algunos desafíos”, Septiembre de 1995. pág 3.

En otras palabras, contradice el principio “El que contamina paga”

2. Acción indirecta:

Mediante esta intervención la autoridad puede influir en el proceso de toma de decisiones con relevancia ambiental a nivel microeconómico, esto es, modificar el comportamiento o conducta de los sujetos involucrados en la contaminación ambiental, tanto en los aspectos de producción como de consumo.

Dentro de esta segunda alternativa se puede optar por una amplia gama de instrumentos que van desde la regulación directa conocida, como instrumentos de comando y control, hasta instrumentos económicos e inclusive mecanismos disuasivos como la educación, persuasión etc.

Frente a toda esta batería de instrumentos y dada la necesidad de alcanzar las metas propuestas, cabe preguntarse cuál de ellos es el indicado para reducir la contaminación de la manera más adecuada.

La solución a esta pregunta no puede darse de antemano y habrá que analizar cada situación en particular, además, la respuesta depende en gran medida del criterio que utilicemos para evaluar la política ambiental, que puede ser la eficiencia, la equidad, la posibilidad de darle cumplimiento, incentivos que crea, etc.

Lo que si resulta claro, es que la decisión del instrumento indicado “no puede ser una posición basada en prejuicios o dogmas ideológicos, sino más bien en la identificación del problema y la búsqueda de soluciones que presenta las mayores ventajas en efectividad ambiental y menores costos de cumplimiento de la regulación”⁹

A continuación procederemos a estudiar las ventajas y desventajas de algunos de los instrumentos de gestión ambiental en particular, pasaremos a analizar el problema ambiental desde un punto de vista económico.

1.2.2.- Instrumentos de Gestión en particular

Tradicionalmente se han clasificado los instrumentos de gestión ambiental en instrumentos de regulación directa por un lado, e instrumentos de incentivos económicos por el otro, clasificación a la que nosotros adscribiremos.

Dentro de la amplia gama de instrumentos existentes que van desde las prohibiciones hasta los permisos de emisión transables, nosotros abordaremos algunos de aquellos, debido a que una revisión acuciosa de cada uno sobrepasaría nuestro objeto de estudio.

En atención a lo anterior, trataremos los que a nuestro juicio resultan más relevantes a la hora de combatir la contaminación atmosférica, estos son normas de calidad ambiental y de emisión (instrumentos de regulación directa), impuestos y permisos de emisión transables (instrumentos económicos). Además, dichos instrumentos se encuentran mencionados en nuestra legislación ambiental¹⁰

⁹ Clemente Pérez, Revista de Derecho Administrativo Económico Vol. 2 año 2000, pág 474

1.2.2.1) Regulación directa “Comando y Control”

“En el caso de política ambiental, el enfoque de regulación directa consiste en depender de diversos tipos de estándares para generar mejoramientos en la calidad ambiental. En general un estándar simplemente es un nivel decretado de desempeño que se hace aplicar mediante ley”¹¹

La esencia de un estándar, consiste en que si se desea que las personas no realicen cierta actividad, aprobar una ley que la prohíba; y luego las autoridades se encargan de su ejecución.

Estos estándares o normativas ambientales alteran el conjunto de opciones de los agentes, ya que ciertos comportamientos serán considerados ilegales y en caso de existir contravención, se aplicarán una serie de medidas correctivas como sanciones administrativas o judiciales.

La regulación directa ha sido la manera tradicional y además la más popular de enfrentar el problema de la contaminación, en la práctica constituye el instrumento de gestión ambiental más utilizado. La razón de esta popularidad se debe en gran medida a que los estándares “parecen ser sencillos y directos; aparentemente establecen objetivos claramente específicos; recurren en efecto, al sentido de que todas las personas tienen el deseo de enfrentar en forma decidida y directa la contaminación ambiental y lograr su reducción. Los estándares también parece ser compatibles con nuestro sentido ético de que la contaminación es mala y debe declararse ilegal”¹²

Ahora bien, y sin perjuicio de la amplia gama de instrumentos existentes, hay que reconocer, como nos señala Diego Azqueta, que la normativa ambiental resulta imprescindible en al menos dos aspectos.

Primero, nos sirve para la definición misma de lo que entendemos por contaminación. Nuestra Ley de Bases del medio ambiente define contaminación en su artículo 2 letra c) como “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”

De esta definición se desprende que existe un ámbito de uso legítimo del ambiente, que estaría dado por no sobrepasar las normas preestablecidas, ya sean de calidad o de emisión. La existencia de contaminación desde un punto de vista jurídico, en el caso de existir normas o estándares que la regulen, resultaría entonces de sobrepasar dichas normas que han sido fruto del acuerdo social.

Segundo, debe proteger aquellos derechos que se consideran fundamentales y que la sociedad no quiere ver amenazados bajo ningún concepto, no permitiendo atentar contra ellos a cambio de pagar un precio.

¹⁰ Ver Ley sobre bases generales del medio ambiente, Artículos 32, 40, 47, 48.

¹¹ **Field C., Barry “Economía ambiental”, McGraw-Hill, 1995, pág 244.**

¹² Field, pág 245, op. cit.

Ahora veremos las desventajas que presentan los estándares ambientales.

La primera desventaja consiste en que trata en forma pareja a fuentes que se encuentran en condiciones totalmente distintas. En caso de que las fuentes tengan diferentes costos de abatimiento, como suele ser la regla general, no se logrará la reducción de la contaminación al menor costo posible, generando un espacio para ineficiencias.

Una segunda desventaja, dice relación con la eficiencia dinámica, dado que si la fuente se encuentra cumpliendo la norma no existen incentivos para que los agentes incorporen nuevas tecnologías menos contaminantes.

Una tercera desventaja, es que en el caso de las normas de emisión estas no son capaces de regular el total de sustancias emitidas que se descargan al medio.

En Chile existen los siguientes tipos de estándar: normas de calidad y normas de emisión.

1.2.2.2.1.1.-Normas de calidad ambiental

Estas normas fijan la concentración máxima admisible de un determinado contaminante en el entorno ambiental, representan las metas a alcanzar por el sistema. La ley 19.300 distingue entre normas primarias y secundarias de calidad ambiental en atención al bien jurídico tutelado, así define la norma primaria de calidad ambiental como “aquella que establece los valores de las concentraciones y periodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos sustancias derivados, químicos, biológicos, energías, radiaciones vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la salud o vida de la población.”

Estas normas se establecen mediante decreto supremo del Ministro Secretario General de la Presidencia y del Ministro de Salud y son de aplicación general en todo el territorio del país y además definen los niveles que originan situaciones de emergencia.

La ley también define la norma secundaria de calidad ambiental, como “aquella que establece los valores de las concentraciones y periodos máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza.”

Estas normas son territoriales y también pueden abarcar todo el país o una parte de él, se establecen mediante decreto supremo del ministro Secretario General de la presidencia y el Ministro sectorial que corresponda.

Estos estándares por lo general se expresan en término de los niveles promedio durante cierto lapso de tiempo.¹³

¹³ Por ejemplo la norma de calidad del dióxido de azufre es la siguiente: La norma primaria de calidad de aire para dióxido de azufre como concentración anual será de 31 ppbv (80 ug/m³N). Se considerará sobrepasada la norma primaria de calidad de aire para dióxido de azufre como concentración anual, cuando el promedio aritmético de los valores de concentración anual de tres años calendarios sucesivos, en cualquier estación monitorea EMRPG, fuere mayor o igual al nivel indicado en el inciso precedente.

Estas normas de calidad no se ejecutan directamente, sino lo que se obliga a cumplir son otros instrumentos las normas de emisiones que conducen a respetar dichos estándares, tales como las normas de emisión., por ejemplo.

1.2.2.1.2.-Normas de emisión

Son aquellas que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora. Las normas de emisión deben dictarse mediante decreto supremo el que señalará su ámbito territorial de aplicación.

Las normas de emisión pueden ser de masa, de concentración o tecnológicas y constituyen uno de los instrumentos regulatorios más utilizados.

Su objetivo es que no se sobrepasen las normas de calidad o si estas se ven sobrepasadas volver a un estado de cumplimiento, sin embargo, también pueden ser dictadas independientemente o en ausencia de normas de calidad ambiental, en cuyo caso operan como límite exigible, pero sin que digan relación con la capacidad de carga del medio, un ejemplo de ello es la norma de emisión de material particulado en el valle del Huasco “(no existe una meta de calidad ambiental a lograr)”¹⁴

Las normas de emisión perfectamente pudieran en ciertos casos no ser suficientes para conseguir el cumplimiento de una calidad ambiental deseada, son por así decirlo normas de “decencia”.

Ahora bien, el establecimiento de normas de emisión no necesariamente lleva al cumplimiento de las normas de calidad, ya que no se puede controlar el total de las emisiones y esto principalmente por dos razones: Primero, las normas de emisión no impiden que cualquier industria que cumpla con la normativa de emisiones se instale agregando nuevas emisiones a las existentes, es decir, no existe un control sobre el total de las emisiones. Segundo, por que entre las emisiones y la calidad ambiental se encuentra la naturaleza, en particular fenómenos hídricos o meteorológicos que pueden por ejemplo hacer más dañino cierto contaminante.

1.2.2.2) Instrumentos Incentivoseconómicos:

“Los instrumentos económicos son todos aquellos que inciden en los costos y beneficios imputables a cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes; afectando por ejemplo la rentabilidad de los procesos o tecnologías alternativas, o el precio relativo de un producto y en consecuencia las decisiones de productores y consumidores.”¹⁵

Como se desprende de la definición, una característica central de los instrumentos económicos es que los agentes pueden escoger libremente entre distintas opciones, la que resulte más ventajosa para ellos. A su vez, tampoco establecen la tecnología a aplicar o cuanto producir, dejando estas decisiones entregadas a los agentes.

¹⁴ Favero, Gabriel, Katz, Ricardo, “Gestión Ambiental ¿Cómo avanzar? CEP, pág 277.

¹⁵ Definición dada por CEPAL serie N° 31 Medio ambiente y desarrollo 2001

1.2.2.2.1.- Impuestos a las emisiones:

Los impuestos a las emisiones consisten en que la autoridad fija una tasa de impuestos por cada unidad de sustancia contaminante emitida. Cada fuente contaminante pagará un impuesto total que resulte de multiplicar la cantidad total emitida por el cargo por unidad.

El propósito de estos impuestos es que se internalicen las externalidades que la fuente genera, en otras palabras, la fuente tendrá mayores costos, pagando al Fisco los costos sociales que genera y que antes no asumía.

“Se puede llegar a un óptimo aplicando un impuesto del tipo pigouviano, esto es, un impuesto equivalente al daño marginal que dicha empresa provoca.”¹⁶

Frente a la imposición de un impuesto a las emisiones las empresas cuentan con dos alternativas: Puede no reducir las emisiones y pagar el impuesto correspondiente o reducir sus emisiones y experimentar la consecuente baja en su carga tributaria.

La empresa optará por la alternativa que represente menores costos.

Una empresa interesada en disminuir sus costos reducirá sus emisiones hasta que el costo marginal de abatimiento se equipare a la tasa del impuesto aplicada a las emisiones.

Los impuestos a las emisiones se encuentran en concordancia con el principio “el que contamina paga” dado que un aumento en las emisiones implica un aumento en la carga tributaria.

Los impuestos a las emisiones presentan las siguientes ventajas:

Primero, desde el punto de vista de la eficiencia dinámica (si provee el instrumento incentivos para adoptar y desarrollar nuevas tecnologías limpias) los impuestos a las emisiones proveen incentivos de manera adecuada. Resulta que si la empresa paga un cargo por cada unidad de sustancia contaminante emitida y esta desea reducir sus costos de producción, tendrá incentivos suficientes para ir adoptando nuevas tecnologías que reduzcan las emisiones, a medida que estas aparezcan.

Segundo, se sostiene que los impuestos constituyen un instrumento eficiente para reducir las emisiones, esto es reducen las emisiones al menor costo posible, dado que se reducen las emisiones allí donde existen menores costos de abatimiento. Así una empresa que tiene menores costos marginales de abatimiento reducirá en mayor medida sus emisiones que una que sus costos marginales de abatimiento sean mayores.¹⁷

Tercero, desde una perspectiva distributiva estos impuestos a las emisiones permiten recaudar fondos para el Estado que pueden eventualmente utilizarse para programas de mejoramiento ambiental o de monitoreo.

La aplicación y diseño de impuestos ambientales se ha ido expandiendo en los últimos 15 años.

¹⁶ Clemente Pérez, op.cit, pág 475.

¹⁷ Para una mayor información leer, Field, op.cit.

Un ejemplo de ello es el caso de Finlandia, Noruega y Suecia donde el uso de estos instrumentos creció alrededor de un 50% entre los años 1987 y 1993.

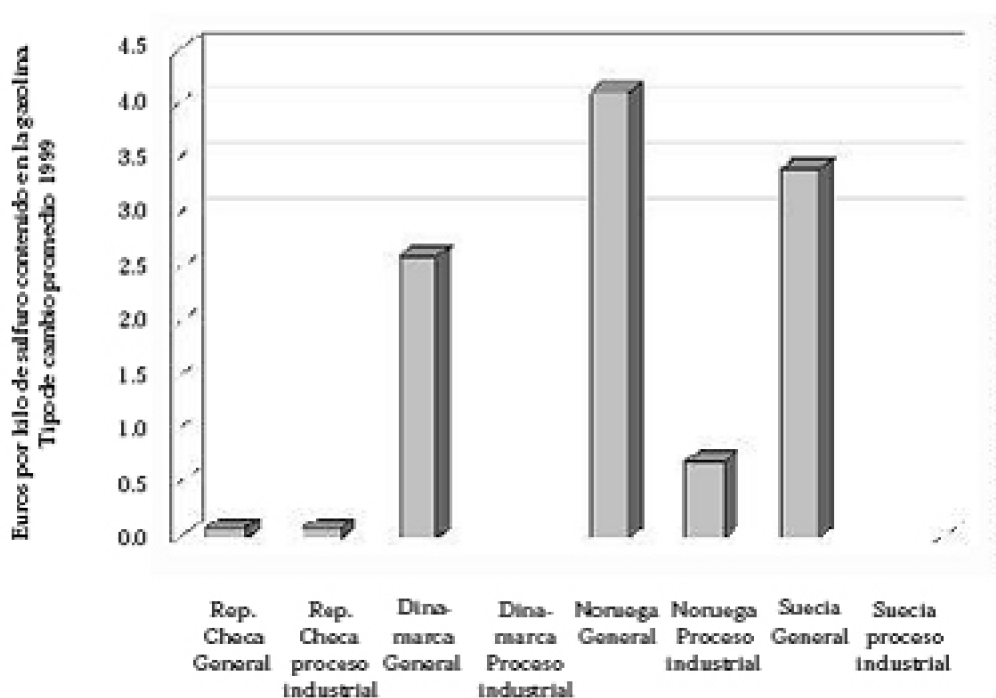
A continuación expondremos algunos ejemplos representativos de impuestos ambientales en países miembros de la OCDE.¹⁸

i) Impuestos ambientales a productos energéticos.

El impuesto ambiental más importante en los países miembros de la OCDE son los que se aplican a los energéticos, principalmente a la gasolina.

Inicialmente estos impuestos se crearon por una razón fiscal. De cualquier manera, tienen un impacto en el medio ambiente que es considerado por la política ambiental. Por esta razón, en los últimos 15 años, los combustibles han comenzado a gravarse por su contenido de azufre o plomo.

La respuesta del mercado ha sido la creación de combustibles más limpios como la gasolina sin plomo, por ejemplo.



La grafica anterior, muestra que las tasas más altas se observan en Noruega, seguida de Suecia y Dinamarca. La tasa más alta es menor a 4.5 € por kilogramo de azufre.¹⁹

¹⁸ La información que a continuación se expone fue sacada de la ponencia de Nils Axel Braathen, “Diseño y eficacia de los impuestos ambientales”, compilada por el Instituto Nacional de Ecología de Mexico, 2002, bajo el titulo impuestos ambientales, págs 43 y siguientes disponible en www.ine.gob.mx.....,

¹⁹ La grafica y sus conclusiones fueron obtenidas de, Barde, Jean Philippe, “ Historia y evolución de los instrumentos fiscales relacionados con el medio ambiente en los países de la OCDE” ponencia compilada por el Instituto Nacional de Ecología de Mexico, 2002, bajo el titulo impuestos ambientales, pág 18 y siguientes disponible en www.ine.gob.mx,

Algunos impuestos afectan productos como la electricidad y el combustible nuclear.

También se gravan productos que liberan dióxido de carbono.

Así por ejemplo, “Alemania, Italia han incluido impuestos sobre dióxido de carbono, en su esquema de reforma tributaria ambiental y Francia y el Reino Unido pondrán en marcha estas reformas en 2001. Como el énfasis se pone en los impuestos a los energéticos, a fin de reducir las emisiones de dióxido de carbono como resultado del protocolo de Kyoto, se presenta un aumento en las tasas mínimas de impuestos a los energéticos en la mayoría de las naciones de la UE.”²⁰

El citado caso, se tradujo en que el Reino Unido introdujo el “climate change levy”²¹ en abril de 2001, dicha tasa constituye un impuesto sobre el uso de energía en la industria, comercio y sector público.

Esta tasa constituye una ayuda adicional para el plan de eficiencia energética, y el uso de fuentes renovables de energía.

Este impuesto juega un rol importante en ayudar al Reino Unido a alcanzar los objetivos de reducción de gases efecto invernadero no ocasiona un aumento en la carga tributaria de las industrias y ningún aumento neto para las finanzas públicas.

La reforma esta pensada para promover el rendimiento energético, para fortalecer oportunidades de empleo y estimular la inversión en nuevas tecnologías.

El gobierno británico consideró las recomendaciones de Lord Marshall, en el sentido de que cualquier impuesto que se fije debe ser diseñado de una manera que proteja la competitividad de las empresas británicas. Por esta razón el gobierno esta devolviendo las rentas del impuesto al sector no domestico, principalmente a través una reducción en la tasa de los empleadores al “National Insurance Contributions” de un 0.3 puntos de porcentaje.

Las tasas del impuesto son 0.15 libras/kWh para gas, 1.17 libras/kg (equivalente a 0.15 libras/kWh) para carbón, 0.96p/kg (equivalente a 0.07libras/kWh) para gas licuado (LPG), y 0.43 libras/kWh para electricidad.

Se espera que el paquete de impuesto lleve a reducciones de carbono de al menos 2.5 millones de toneladas para el año 2010.

Existen una serie de exenciones, en las que el impuesto no se utiliza, como por ejemplo electricidad generada por energías renovables como la solar o eólica. Tampoco se aplica a combustibles usados en el sector transporte o cuando estos son usados en el sector domestico o los combustibles usados para la producción de otras fuentes de

²⁰ Recent developments in the use of environmental taxes in the European Union, European Environment Agency disponible en http://reports.eea.eu.int/environmental_taxes_in_EU/en/taxes.pdf “Germany and Italy have introduced CO2 taxes in the framework of ecological tax reform, and France and the UK are implementing this reform in 2001. As the emphasis is on taxing energy products, with a view to reducing CO2 emissions under the Kyoto protocol, and increase in minimum energy tax rates is taking place in most EU Member States.”

²¹ La fuente de esta información se encuentra en <http://www.defra.gov.uk/environment/climatechange/trading/eu/index.htm> . La expresión “Climate change levy”, puede ser traducida como, tasa al cambio climático o impuesto al cambio climático.

energía (Ej. Producción eléctrica) entre otra serie de exenciones.

También existe un tratamiento especial con las industrias que tienen un uso intensivo de energía, dada su exposición a la competencia internacional y a otros requerimientos.

ii) Impuestos a emisiones al aire.²²

Los impuestos a emisiones existen en un gran número de países como Australia, Republica Checa, Hungría, Corea, Polonia, Republica Eslovaca y Suecia, entre otros.

La tasa se calcula con base en estimaciones o mediciones de las emisiones, pero generalmente su estructura es complicada y varía según:

1.- Tipo de contaminante. Diferentes substancias observan diferentes tasas (NOx, hidrocarburos, metales pesados, etc.)

2.- Nivel de contaminación o toxicidad. Existen diferentes tasas de acuerdo a los niveles de contaminación (por debajo o por encima de lo permitido).

3.- La ubicación de la fuente emisora. Los impuestos varían dependiendo de la densidad de la contaminación. Resulta menor para el caso de localidades aisladas.

La implementación de un sistema de impuestos a las emisiones tiene a su vez una serie de desventajas.

Primero, existe incertidumbre sobre cual va a ser el total de emisiones reducidas, esto debido al desconocimiento por parte de la autoridad de los costos marginales de abatimiento individuales. La autoridad desconoce al fijar el nivel del impuesto, cual será la reducción que se obtendrá, por lo que deberá ajustar el impuesto en relación a los resultados conseguidos.

En otras palabras, la autoridad actúa en base a suposiciones y a través del ensayo y error.

Para obtener un resultado eficiente, la autoridad requiere mucha información acerca de la tecnología disponible y sobre los costos de abatimiento de las diversas fuentes.

Segundo, con la llegada de nuevas empresas la autoridad se verá obligada a aumentar la tasa del impuesto para mantener los niveles deseados.

Tercero, la aplicación de un nuevo impuesto resulta políticamente engorroso y resistido por las personas a quienes se va a aplicar.

1.2.2.2.-Permisos de Emisión Transables²³

Los permisos de emisión transables, como instrumento de gestión nacen como respuesta al aumento de costos de cumplimiento que representaba la política regulatoria tradicional. Este sistema busca controlar la contaminación con una mejor relación costo-beneficio y

²² Nils Axel Braathen, “Diseño y eficacia de los impuestos ambientales”, compilada por el Instituto Nacional de Ecología de Mexico, 2002, bajo el título impuestos ambientales, págs 43 y siguientes disponible en www.ine.gob.mx

²³ **A continuación abordaremos este instrumento en forma teórica, sin hacer referencias al proyecto de ley debido a que en los capítulos posteriores éste será tratado en extenso.**

se viene aplicando hace ya más de veinte años en USA y en otros países desarrollados, como tendremos posibilidad de apreciar en los capítulos posteriores al analizar las experiencias comparadas. Sin embargo, los permisos de emisión constituyen un sistema novedoso en países en vías de desarrollo como el nuestro.

El sistema de permisos de emisión transable, en adelante SPET, opera de la siguiente manera:

Primero, la autoridad fija cual va ser el objetivo de calidad ambiental deseado, es decir el nivel aceptable para un determinado contaminante.

Después, debe establecer la capacidad de carga de la cuenca, esto es, la cantidad agregada de contaminante, su cuantía total máxima en una cierta zona geográfica, que le permita cumplir con el objetivo de calidad ambiental propuesto.

Luego, debe crear permisos que representen en conjunto la capacidad de carga de la cuenca (que ya fijó previamente, al calcular la cantidad agregada de contaminante necesaria, para cumplir el objetivo ambientalmente deseado). Cada permiso creado puede ser de una tonelada cada uno, por ejemplo. Si sumamos todos los permisos tenemos la capacidad de carga de la cuenca, previamente determinada

Paralelamente, la autoridad deberá establecer, la clase de contaminante que será objeto del SPET y el tipo de actividades que quedarán comprendidas dentro del sistema.

Posteriormente, tendrá que distribuir los permisos entre las empresas contaminantes de la zona previamente determinada. Este paso se conoce como el de asignación inicial de los permisos y suele ser bastante problemático.

Existen principalmente dos mecanismos de asignación inicial, por un lado, se encuentra el sistema de subasta, que consiste en que la autoridad ofrece los permisos al mejor postor ganando aquel que da más dinero.

El sistema de asignación de subasta es perfectamente compatible con el principio de quien contamina paga y tiene la ventaja de que genera ingresos para el Estado. Como desventaja, podemos señalar que pagar por los permisos de emisión puede resultar una carga financiera demasiado alta para ciertas empresas. Además, puede transformar al SPET en políticamente inviable, dada la negativa de las fuentes a participar en el sistema.

El otro mecanismo de distribución de permisos es el sistema de asignación en forma gratuita, que se se puede realizaren base a criterios históricos de emisión o tecnológicos.

La distribución en base a criterios históricos Esta forma de asignación tiene una serie de dificultades en relación a los incentivos que genera, ya que no reconoce el hecho de que ciertas empresas pueden haber invertido grandes recursos para reducir sus emisiones en periodos anteriores. En cierta medida, se estaría penalizando a dichas empresas, ya que recibirían menor cantidad de permisos que aquellas que anteriormente no redujeron sus emisiones. El principio del que contamina paga se transformaría en el que contamina gana.

Es más, si los contaminadores pensaran que prontamente se va a instalar este sistema, pueden tener el incentivo de incrementar sus emisiones para así aumentar su asignación inicial.

También existen sistemas mixtos, como el empleado en el programa de lluvia ácida en USA, en donde la asignación inicial se efectúa en base a criterios históricos, pero se busca asegurar la disponibilidad de permisos mediante un remate anual. “Todos los años, la EPA retiene el 2.24% de los permisos para rematarlos”²⁴

Como podemos apreciar, si bien desde la perspectiva distributiva o de equidad la asignación inicial resulta sumamente conflictiva, desde la perspectiva de la eficiencia no tiene importancia la manera como estos permisos se distribuyan, porque “las subsecuentes transacciones de mercado redistribuirán los derechos de acuerdo con los costos marginales de reducción relativos de los contaminadores, cualquiera que haya sido la distribución inicial.”²⁵

La afirmación anterior resulta de la aplicación del Teorema de Coase,²⁶ que nos señala que en la medida de que los costos de transacción sean nulos o bajos un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad.

Una vez repartidos los permisos, la autoridad debe permitir la emisión del contaminante regulado a todo aquel que cuente con los permisos correspondientes, así cada fuente podrá usar el permiso o transferirlo, pero debe justificar al final o durante del periodo que el instrumento señale, que sus emisiones han sido según lo que le es autorizado. En caso de que los agentes emitan más allá de lo permitido la autoridad deberá aplicarles las sanciones correspondientes.

Estos permisos son negociables o transferibles entre las fuentes interesadas, siempre que se respete la zona geográfica determinada. El Precio estará determinado por el acuerdo de las partes.

Frente a este escenario, cada fuente determinara si le conviene comprar permisos al precio establecido, reducir sus emisiones o disminuir más allá de lo autorizado y vender dicho excedente. Como podemos apreciar, de esta manera se ha creado un mercado entre oferentes y demandantes de permisos.

Este sistema permite que las metas individuales de una fuente se puedan cumplir mediante reducciones en otra fuente autorizada o en sus propias instalaciones.

El SPET cuenta con una serie de ventajas:

A) Minimización de costos:

Los agentes reducirán sus emisiones allí donde resulte más barato, esto significa que los permisos fluirán de las fuentes que tengan menores costos marginales de abatimiento a aquellas en que éstos sean más elevados. “Los emisores con altos costos de reducción preferirán comprar sus permisos y no reducir sus emisiones.”²⁷

²⁴ Tietenberg, Tom, Estudios Públicos N° 61, 1996, pág. 46.

²⁵ Field , pág 301,op.cit.

²⁶ Coase, Ronal “The problem of social cost” Journal of law and Economics, N°3, págs. 1-44. Si bien el teorema no aparece de manera explícita en el artículo, se desprende de él.

B) Incentivos para la innovación tecnológica

El sistema de permisos otorga los incentivos correctos para la innovación tecnológica. Si una fuente es capaz de reducir sus emisiones a bajo costo y más allá de lo estipulado por la cuota asignada, generará un permiso que podrá vender en el mercado con el que obtendrá ingresos que le permitirán financiar la mejora tecnológica realizada.

C) Control sobre el total de las emisiones:

Los permisos de emisión reducen la incertidumbre acerca del cumplimiento de la meta ambiental, ya que es la autoridad quien fija el total de permisos y subsecuentemente el total de emisiones. Esta constituye una gran ventaja con respecto a los otros instrumentos revisados. Llama la atención, como nos señala Clemente Pérez²⁸ “que una política que aparece como sumamente liberal, de mercado, y que permite reducir costos de abatimiento, también es sumamente estatista y fuerte al dominar el estado, a través de un ordenamiento que debe ser transparente y claro, el control total de las emisiones.”

D) Flexibilidad

El SPET resulta ser un instrumento que se adapta a las condiciones generales de la economía. Así, si varias empresas quieren ingresar al sistema no tendrán otra opción que comprar permisos y dada la oferta fija de aquellos su precio tenderá a subir, pero no así los niveles globales de contaminación.

Esta situación de aumento en el precio, genera además, incentivos para que las empresas ya instaladas reduzcan sus emisiones, liberen permisos y los vendan.

Sin perjuicio de sus ventajas un SPET puede presentar los siguientes problemas:²⁹

A) El reconocimiento del derecho a contaminar.

El sistema de permisos de emisión supone un derecho a emitircontaminar. Este reconocimiento de una especie de derecho de propiedad³⁰ a favor de los agentes contaminadores suele producir un doble rechazo.

Por una parte, existe una postura ética contraria al reconocimiento de este tipo de derechos. Por la otra, puede existir el problema de que una vez emitidos estos permisos se haga posteriormente difícil reducirlos en caso de que esto sea necesario. “El problema no es trivial: La Clean Air Act aprobada en 1990 en los Estados Unidos, consideró conveniente introducir una salvaguarda en el sentido de que los permisos de emisión no implicaban el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre el medio”³¹

B) Los permisos de emisión negociables y el poder de mercado

²⁷ Katz, Ricardo, “El uso de permisos de emisión comercializables para el control de la contaminación atmosférica de Santiago”, en Economía Ambiental, lecciones de América Latina, Instituto Nacional de Ecología, México, disponible en www.ine.gob.mx

²⁸ Pérez, Clemente, op.cit.

²⁹ Para la elaboración de estos criterios se consideró el análisis efectuado por Azqueta, Diego, obra citada, pág 262 y sgtes.

³⁰ Esta imprecisión en cuanto a la naturaleza jurídica se debe a que este aspecto será posteriormente analizado en detalle.

Existe el riesgo de que si son pocas las empresas involucradas se produzcan problemas de competencia como un oligopolio, estas empresas harán subir artificialmente el precio de los permisos, restringiendo su venta y dificultando la entrada de nuevos actores. También existe la posibilidad de tener problemas que digan relación con los monopsonios.

Es por ésta razón que el sistema debiera contemplar herramientas que permitan afrontar este tipo de situaciones en caso de que acontezcan.

Otro problema que se presenta, es que los recursos que requiere la autoridad para hacer frente a los costos administrativos, legales, de vigilancia y control que supone la implementación del sistema, no son nada desdeñables, por lo que la autoridad deberá con anterioridad al programa asegurar su disponibilidad para que éste no fracase. Porque en el evento que las fuentes emitan más allá de lo permitido y esto quede sin sanción, se estaría erosionando una de las mayores ventajas de éste sistema, como es el límite agregado de emisiones.

Quizás, los costos de fiscalización sean similares a los necesarios para fiscalizar el cumplimiento de las normas de emisión, pero hacemos hincapié en el punto, porque uno de los problemas detectados en la gestión ambiental es la existencia de una fiscalización deficiente.

De hecho, el informe de la OCDE “Evaluaciones del desempeño ambiental CHILE”³² recomienda, “examinar formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo el establecimiento de un órgano de inspección ambiental.”³³

Por último, cabe señalar que el sistema de permisos de emisión transables puede convivir perfectamente con otros instrumentos de gestión ambiental, tales como las normas de emisión, por ejemplo.

En el mensaje de la ley de bonos de descontaminación se expresa claramente “La introducción de instrumentos económicos como el que se propone, permitirá lograr las metas de calidad ambiental a un menor costo, siendo este tipo de instrumentos complementario y coadyuvante de las normas de emisión.”³⁴

Las formas de aplicación del SPET se revisará en el capítulo siguiente, al tratar la experiencia comparada.

³¹ Stavins, citado por Azqueta, Diego op.cit, Pág. 263.

³² OCDE, Evaluaciones del desempeño ambiental CHILE, 2005, pág, 18

³³ OCDE, op. cit.

³⁴ Mensaje N° 33-349, con el que se inicia el proyecto sobre bonos de descontaminación, pág 4

Capítulo II. Experiencia Comparada de los Permisos de Emisión y Experiencia Chilena de Compensación de Emisiones

2.1.-Experiencia comparada de los Permisos de Emisión Transables

2.1.1.- Antecedentes Generales:

Previo a comentar la experiencia internacional en torno a los Bonos de Emisión Transables, es necesario hacer una breve explicación de las formas más comunes que adopta este sistema, toda vez que la aplicación de éste varía de acuerdo a las necesidades del lugar donde se quiere utilizar, manteniendo, eso sí, su esencia.

La Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA) creó este sistema como una manera más flexible y menos costoso de ejecutar la Ley de Aire Limpio (Clean Air Act).

Con este fin estableció que todo emisor que opte por reducir el nivel de contaminantes liberados al medio ambiente mas allá de lo exigido por la norma, puede solicitar al ente fiscalizador que le emita un certificado denominado Crédito por Reducción de Emisiones. En dicho documento se consigna la cantidad precisa de un contaminante que no fue emitido por la fuente por bajo la norma y que puede ser utilizado por otro emisor (de la misma fuente o de otra).

Ahora bien, dicho crédito (consignado en el certificado) es transferible, lo que permite que las fuentes encuentren el medio menos costoso de cumplir sus obligaciones.

Las formas de aplicación de este crédito son las denominadas políticas de Compensación (offset), Burbuja, Banca y Saldo Neto.

Compensación (offset): En zonas donde la norma es incumplida se establece que las fuentes nuevas, o las ya instaladas que deseen ampliarse, deben procurar una reducción mayor de emisiones que la que eventualmente significaría la entrada de esa nueva fuente. Así por ejemplo, si X quiere emitir contaminantes por 100 deberá hacerse de Créditos por reducción de emisiones por 120, cosa que una vez que ingrese la calidad del medio ambiente haya mejorado en 20.

Burbuja: Se establece una zona donde se fija un total de contaminantes que debe ser cumplido por las diversas fuentes, quedando ellas en libertad para elegir “la combinación de control en los diferentes puntos de descarga, siempre que se satisfaga los requisitos globales de reducción de emisiones”³⁵.

Saldo Neto: Con esta política se permite que las fuentes de emisiones que se encuentran en actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema, y que deseen modificar o ampliar su capacidad de emisión, “no necesitan cumplir con los nuevos procedimientos de revisión de fuentes (incluso la necesidad de adquirir compensaciones), siempre que todo aumento neto de emisiones (contando todo CRE que se gane en otro lugar de la planta) sea inferior a un umbral establecido”³⁶

Banca de emisiones: “Permite que las empresas acumulen certificados de CRE para usarlos posteriormente en los programas de *compensación*, de *burbuja* o de *saldo neto*, o para vendérselo a terceros”³⁷

2.1.2.- Experiencia norteamericana del plomo en la gasolina.

En la década de los 80 se dio a conocer en Estados Unidos un estudio que revelaba que con un costo estimado de US \$2.600 millones se podrían producir ahorros del orden de US \$36.000 millones, si se disminuía la cantidad de plomo en las bencinas a 0,01 gramos por galón (lo anterior por reducción de efectos perjudiciales en la salud).

³⁵ Tietenberg, Tom; “Control de la Contaminación Atmosférica en Santiago: Aplicación del Sistema de Emisiones Transables”, Revista del Centro de Estudios Públicos, 61, Verano 1996, p. 43.

³⁶ Infra p. 43

³⁷ Ídem

La EPA entendió que no era necesario que todas las refinerías cumplieran con los plazos que se pretendían al mismo tiempo, sino que era posible que algunas, por los costos que les significaban, redujeran sus niveles de plomo de manera más rápida que otras, por lo que introdujo el sistema de Permisos de Emisión Transables (SPET).

En este caso en particular, lo que hizo la agencia fue asignar a las refinerías una cantidad fija de derecho a plomo, el que, si no se necesitaba (ya sea por reducciones anteriores o mayores) podía ser vendido a otras refinadoras.

Este sistema se implementó con una vigencia acotada en el tiempo mientras se lograba las reducciones de plomo necesarias. Así el 31 de diciembre de 1987 se le puso fin, habiéndose alcanzado las metas propuestas³⁸.

2.1.3.- Lluvia ácida:

En Estados Unidos las generadoras termoeléctricas emiten una gran cantidad de Óxidos de Azufre, el cual mezclado con la lluvia produce la denominada Lluvia Ácida, de efectos muy perjudiciales para el ambiente. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la necesidad de electricidad obligó a las autoridades a no tomar una decisión drástica que no dejara a oscuras a gran parte a dicho país, pero que tampoco mantuviera la situación.

Se optó por el sistema de bonos, asignándosele a las plantas más antiguas cierta cantidad de permisos de emisiones de Oxido de Azufre. Dichos permisos consisten en la autorización limitada para emitir una tonelada de azufre y su duración es de un año calendario. Si no se utiliza puede ocuparse en el periodo siguiente. Toda planta que reduzca las emisiones más allá de lo exigido puede vender la diferencia. En ningún caso las emisiones pueden superar lo permitido, porque de lo contrario se establece una multa y se debe dejar de emitir la misma cantidad del exceso el año siguiente³⁹.

Una novedad importante en este sistema es que el estado retiene un porcentaje de los permisos asignados (en torno del 2%) el cual es rematado, el precio obtenido es distribuido proporcionalmente entre las empresas a las cuales se les retuvieron los permisos.

Junto con lo anterior los particulares también pueden vender permisos en estos remates, “una vez que los permisos retenidos se han puesto a remate, la EPA equipara las posturas máximas que queden con los precios mínimos aceptables más bajos de las ofertas privadas, y calza compradores con vendedores hasta que todas las posturas restantes sean menores que los precios mínimos aceptables restantes”⁴⁰.

2.1.4.- Reclaim californiano:

³⁸ Tietenberg, op. cit. p. 44

³⁹ Tietenberg, op. cit. p. 46

⁴⁰ Tietenberg, op. cit. p. 46

A diferencia de las dos experiencias anteriores, el Reclaim (sigla cuya traducción al español sería “*Mercado Regional de Incentivos para el Aire Limpio*”) es estatal, solo se aplica en California.

En 1993, la South Coast Air Quality Management District implementó el sistema de los Permisos de Emisión Transables en la cuenca de la costa sur del estado de California, con el objeto de controlar y congelar las emisiones de SOx y NOx. Este programa consiste en la distribución de permisos transables de emisión a cada fuente cuyas emisiones alcancen o superen las 4 toneladas al año de los contaminantes antes mencionados.⁴¹

Los participantes necesitan tener permisos equivalentes al 100% de sus emisiones. Los permisos fueron decreciendo de manera progresiva hasta el 2003 y de ahí se mantienen congelados hasta el 2010.

La asignación inicial se llevó a cabo con un criterio histórico de las emisiones de cada una de las fuentes. El nivel inicial de emisiones se fijó como el año peak de producción para cada fuente entre 1989 y 1992.⁴²

Las fuentes no pueden emitir más que el total de permisos que poseen, y si alguna deja de operar total o parcialmente puede vender los permisos que le fueron entregados hasta el final del programa.

Es importante destacar que hay fuentes que no están obligadas a participar en el programa, pero pueden ingresar voluntariamente, una vez que lo hacen no pueden salir.

Para que se realice la generación de créditos mediante la reducción de emisiones es necesario cumplir con una serie de requisitos, entre los que podemos mencionar la entrega de información a la oficina ejecutiva sobre:

Cantidad y tipo de emisión.

Fecha en que se realizó o se realizará la reducción.

Las razones de la disminución.

La reducción debe ser real, cuantificable, permanente y no mayor a si se cambiara a la mejor tecnología de control disponible.

No pueden ser generados créditos en base a la disminución en las horas de operación de la fuente.⁴³

Independiente de la reducción de emisiones de cada fuente y de la adquisición de permisos de emisión a fuentes externas, se puede compensar con la eliminación de vehículos antiguos cumpliendo una serie de requisitos (principalmente que el vehículo sea anterior a 1981, que sea sacado de circulación mediante la destrucción de ciertas partes y que haya sido utilizado los últimos años).

⁴¹ “Explicación al Sistema de Permisos de Emisión”, www.conama.cl

⁴² Idem

⁴³ Idem

Se permite la transacción entre diferentes contaminantes, pero requieren un estudio caso a caso de la Oficina Ejecutiva. Para aceptar este tipo de canje es necesario *“que resulte un intercambio equivalente o que disminuya las emisiones de los contaminantes de la fuente. Además, que los contaminantes de la fuente no contribuyan de manera significativa a la violación de los estándares ambientales”*⁴⁴.

Se permite el intercambio entre PM10 y precursores de PM10, quedando, eso sí, sujetas estas transacciones a la revisión por parte de la EPA.

Las fuentes que pertenecen al Reclaim representan el 65% del total de emisiones de NOx, y el 80% de SOx de la cuenca. Durante 1999 los precios llegaron a 1.827 dólares por toneladas de NOx y US\$ 748 por tonelada de SOx. Se autoriza transar permisos de años futuros, llegándose a valores promedio de US\$ de 1729 para NOx y US\$2.117 para el año 2010.

A agosto del 2002 se había reducido un 46% de las emisiones de NOx y un 50% de las de SOx.⁴⁵

2.1.5.- El caso del río Fox, Wisconsin:

En materia de residuos líquidos la experiencia ha sido mucho menos alentadora, no alcanzándose el éxito de las experiencias anteriores.

Como ejemplo de lo anterior podemos citar el caso del río Fox, Wisconsin. En este caso, al río ya mencionado se le descarga aguas residuales por parte de empresas de celulosa y papel y de algunos municipios, produciéndose que en ciertos períodos del año no se cumpliera la norma de oxígeno disuelto (lo anterior pese a que las empresas cumplen con las normas de emisión y los municipios ofrecen tratamientos secundarios a las descargas).

Como una manera de cumplir las normas de oxígeno disuelto, las autoridades estatales establecieron un sistema de bonos de emisión con contratos aprobados por ella. En 1982 se realizó la primera transacción, siendo la única hasta la fecha⁴⁶.

2.1.6.- Protocolo de Kyoto:

La comunidad científica ha alertado sobre la acumulación de gases de efecto invernadero, cuyo origen es la actividad antrópica, en la atmósfera. Se cree que dichos gases (sin ser un tema pacífico entre los científicos) han producido una alteración en el sistema climático mundial. Los referidos gases surgen principalmente con la *“quema de combustible fósil (petróleo, carbón, gas natural), la agricultura y el cambio del uso de la tierra”*⁴⁷.

⁴⁴ Idem

⁴⁵ Revista Que Pasa, 30 de Agosto de 2002, *“El modelo californiano que imitará Chile”*.

⁴⁶ Tietenberg, op. cit. p. 48

Para evitar que la situación recién descrita siguiera avanzando, en 1988 se creó una organización de carácter mundial para estudiar el problema y proponer soluciones, fue así como surgió el Panel Intergubernamental del Cambio Climático.

El 9 de Mayo de 1992, en Nueva York, se suscribió la Convención Marco sobre Cambio Climático (CMCC) (United Nations Framework Convention on Climate Change, FCCC), que es ley chilena desde el 13 de Abril de 1995. Este acuerdo busca reducir la emisión de gases de efecto invernadero (GEI) a un nivel tal, que ya no exista interferencia de la actividad humana en el clima.

Ahora bien, no se busca dejar abruptamente de producir los GEI, sino hacerlo de manera gradual tal que *“permita a los ecosistemas adaptarse a los cambios previstos, así como también evitar que el nivel del cambio climático impida un desarrollo económico sustentable o comprometa la producción alimenticia”*⁴⁸

La convención tiene una Conferencia de las Partes, cuya misión, entre otras, es supervisar la implementación de los compromisos adquiridos. En la tercera reunión de la Conferencia, hecha en Kyoto en 1997, se adopta el Protocolo de Kyoto, que tiene como objetivos establecer compromisos más estrictos de reducción y limitación de los GEI para los países desarrollados y la elaboración de un calendario para cumplir dichos acuerdos.

Así es como los países señalados en el Anexo B del Protocolo, se comprometen a reducir los niveles en la proporción que allí se señala. El primer objetivo es disminuir las emisiones de GEI en 5,2% en el periodo comprendido entre 2008 y 2012, teniendo como referencia las emisiones de 1990.

Para lograr los objetivos antes descritos, se introducen los mecanismos económicos como forma de ayudar con flexibilidad a los países a cumplir sus acuerdos. Así tenemos que el artículo 6 del protocolo, en su número 1, señala *“A los efectos de cumplir con los compromisos contraídos en virtud del artículo 3, toda parte incluida en el anexo I podrá transferir a cualquiera otra de esas partes, o adquirir de ella, las unidades de reducción de emisiones resultantes de proyectos encaminados a reducir las emisiones antropógenas por las fuentes o incrementar la absorción antropógena por los sumideros de los gases de efectos invernaderos en cualquier sector de la economía, (...)”*⁴⁹.

Como se ve, el protocolo permite a los países que se encuentran en el anexo I (países desarrollados suscriptores del acuerdo) transar reducción de emisiones, ya sea por innovaciones tecnológicas que produzcan una disminución de los GEI o por un incremento en la capacidad de absorción de los sumideros⁵⁰. Estas transacciones para surtir efectos entre las partes están sujetas a una serie de requisitos que el mismo

⁴⁷ Conama, “Protocolo de Kyoto”, www.conama.cl

⁴⁸ Infra.

⁴⁹ Protocolo de Kyoto, artículo 6, número 1.

⁵⁰ La Convención Marco Sobre el Cambio Climático define los sumideros como *“cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe o remueve un GEI, un aerosol o un precursor de un GEI de la atmósfera”* (art. 1 número 8).

artículo consagra, requisitos que no buscan entorpecer el comercio, sino tan solo hacer efectivo el sistema.

Es importante destacar que el número 3 del artículo recién citado permite que una de las Partes incluidas en el anexo I, autorice a personas jurídicas a que participen *en acciones conducentes a la generación, transferencia o adquisición de unidades de reducción de emisiones*.

Ahora bien, como ya se dijo, el mecanismo contemplado en el artículo 6 es solo para los países del anexo I del Protocolo, por lo que, como una manera de no privar de este sistema a los países suscriptores del acuerdo en vías de desarrollo, el artículo 12 contempla el denominado *“Mecanismo para un desarrollo limpio”*. El propósito de este sistema está consagrado en el número 2 del referido artículo que señala que *“es ayudar a las partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3”*.

Con este sistema se pretende que las partes no incluidas en anexo I se beneficien *“de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducción certificadas de las emisiones”*, como también que las partes si incluidas en ese anexo puedan utilizar dichas reducciones para cumplir con sus propias metas de disminución de emisiones.⁵¹ En otras palabras, las metas de reducción de emisiones de los países desarrollados pueden no solo efectuarse en su propio territorio sino en otros países sin metas asociadas

Es dable destacar que, al igual que lo dispuesto en el artículo 6 número 3, el número 9 del artículo 12 permite que particulares participen en los Mecanismos para un Desarrollo Limpio.

En este contexto surge la experiencia chilena de Chacabucito, en donde, mediante el reemplazo de centrales térmicas a carbón o de ciclo combinado, se permitió reducciones de CO₂ equivalentes a 112.607 toneladas.⁵² Este cambio en la forma de generar energía se logró por el financiamiento obtenido por la venta de bonos de carbono mediante el Fondo Prototipo de Carbono (PCF, su sigla en ingles).

El PCF es un fondo constituido por seis gobiernos (principalmente europeos) y 17 compañías (entre las que se encuentra Mitsubishi y grandes actores del mercado eléctrico europeo)⁵³, que es administrado por el Banco Mundial en calidad de fideicomisario.⁵⁴ *“El PCF procura demostrar el potencial de los mecanismos de mercado para reducir el costo de atenuar el cambio climático. Para este objetivo, compra Reducciones Certificadas de Emisiones (CER por su sigla en ingles) de los proyectos que*

⁵¹ Protocolo de Kyoto, artículo 12, número 3 letras A y B

⁵² “Hidroeléctrica Guardia Vieja, Pionera en certificación de bonos por reducción de CO₂”, www.editec.cl

⁵³ Infra.

⁵⁴ “El Fondo Prototipo del Carbono en América Latina: Lecciones Aprendidas”, Fernández-Asín, Francisco, publicaciones “En Breve” del Banco Mundial, Noviembre de 2002, número 13.

*reducen las emisiones de los gases de efecto invernadero en los países que recurren a los servicios del Banco, en especial los proyectos que reemplazan los combustibles fósiles por fuentes de energía renovable y los que aumentan la eficiencia en el uso final y por el lado de la oferta. A cambio de la participación en el PCF, los gobiernos y las empresas del sector privado de los países desarrollados reciben estas Reducciones Certificadas de Emisiones, las que puede abonar al cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Protocolo de Kyoto o de las normativas nacionales”*⁵⁵. Todos los proyectos del PCF están sujetos a una validación y verificación independientes y pueden llegar a ser certificados como aptos para recibir créditos por las emisiones de carbono,⁵⁶ en el caso de Chacabuquito la empresa certificadora es TUV.⁵⁷

En el caso de esta generadora, el acuerdo con el PCF fue de US\$3,5 por cada tonelada de CO2 reducido⁵⁸. La venta total acordada fue por un millón de toneladas de CO2, en el periodo comprendido hasta el 2012. Así Chacabuquito obtuvo US\$3,5 millones, lo que implica cerca del 10% de la inversión y que permitió hacer rentable la construcción del proyecto.⁵⁹

Otro caso interesante es el de Agrosuper, que fue el primer proyecto ganadero a nivel mundial para reducir el efecto invernadero en el marco del Protocolo de Kyoto.⁶⁰

El proyecto consiste en la reducción de gases de efecto invernadero a través de biodigestores y plantas de lodos activados para el tratamiento de purines de cerdo, ubicados en la actualidad en las regiones Sexta y Metropolitana, y contempla ventas para la compañía que se estiman alcanzarán los US\$ 30 millones.⁶¹

En Agosto del año 2004 la empresa firmó dos contratos para la venta de bonos de carbono con las compañías eléctricas Tokyo Electric Power Company (Tepco) de Japón y TransAlta Coporation de Canadá.

Una de las originalidades del proyecto fue que se financió con capitales propios; posteriormente redujo sus emisiones y con éstas operando se realizaron las transacciones.⁶²

No cualquier proyecto puede aspirar a vender bonos de Carbono, necesita ofrecer

⁵⁵ Ídem

⁵⁶ Ídem

⁵⁷ “Chile Lidera Mercado Global de Venta de Reducciones de CO2”, www.conama.cl

⁵⁸ “Hidroeléctrica...”, www.editec.cl

⁵⁹ Ídem

⁶⁰ “El Mercurio”, 30 de marzo de 2005, Edición Especial Bonos de Carbono, p. 3

⁶¹ Ídem

⁶² Ídem

una reducción de las emisiones más allá de lo obligatorio, requisito denominado “adicionalidad”. Por otra parte, también necesita que el proyecto no sea rentable por sí solo y que solo se haga viable gracias a la venta de estos títulos.⁶³

Es importante destacar que el protocolo de Kyoto entró en vigencia el 16 de febrero de 2005,⁶⁴ lo anterior pese a la negativa de Estados Unidos de ratificar el acuerdo.

2.1.7.- Directiva Europea sobre Comercios de Derechos de Emisión

El 25 de octubre de 2003, en el Diario Oficial de la Unión Europea, se publicó la “*Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo*”. Dicha Directiva se dictó a la luz del Protocolo de Kyoto y como una manera de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad en dicho acuerdo.

La Unión Económica Europea se comprometió en Kyoto a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 8% durante el periodo comprendido entre 2008 y 2012, respecto de los niveles de 1990, por lo que, como una manera de obtener dichas rebajas, adoptó la directiva enunciada en el párrafo anterior.

Dicha norma tiene como objeto “*Establecer un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el interior de la Comunidad, a fin de fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente*”⁶⁵

Esta Directiva se aplica a las emisiones generadas por las actividades a que se refiere el anexo I de dicho cuerpo legal⁶⁶ y respecto de los gases invernaderos que figuran en el anexo II⁶⁷ (art. 2).

En el artículo 4 se prescribe que ninguna *instalación*⁶⁸ realice alguna de las actividades prescritas y que generen los gases individualizados en el anexo II, sin que el

⁶³ “Unos US\$350 millones se transarán en Bonos de Descontaminación por año”, www.aepa.cl

⁶⁴ www.emol.cl, 31 de diciembre de 2004, “UE: Venta de derechos de emisión CO2 comienza a funcionar mañana”

⁶⁵ Artículo 1 Directiva 2003/87/CE

⁶⁶ Son actividades energéticas, producción y transformación de metales férreos, industrias minerales e instalaciones industriales destinadas a la fabricación de pastas de papel.

⁶⁷ Dióxido de carbono (CO₂), Metano (CH₄), Óxido Nitroso (N₂O), Hidrofluorocarburos (HFC), Perfluorocarburos (PFC), Hexafluoruro de Azufre (SF₆)

⁶⁸ “Una unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias de actividades de las enumeradas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquéllas que guardan una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación” (art. 3 letra E)

*titular*⁶⁹ posea permisos de emisión expedido por autoridad competente, a menos que la instalación esté temporalmente excluida del régimen comunitario en conformidad con el artículo 27⁷⁰.

Los permisos de emisión de gases de efecto invernadero serán expedidos por la autoridad competente si se considera que el titular es capaz de garantizar el seguimiento y la notificación de las emisiones (art. 4).

Los Estados miembros elaboraran un plan nacional que determinará la cantidad total de derechos de emisión que prevé asignar durante los periodos señalados en el artículo 11⁷¹ y el procedimiento de asignación. Los planes se deben basar en criterios objetivos y transparentes, teniendo en consideración las observaciones del público. La comisión podrá rechazar dicho plan o alguno de sus elementos por ser incompatibles con el artículo 10 o con los criterios que figuran en el anexo III.

El artículo 10 señala que para el periodo de tres años que comienza el 2005 los Estados miembros deberán asignar *gratuitamente* al menos el 95% de los derechos de emisión. Para el periodo de 5 años que comienza el 2008 esta asignación gratuita deberá ser de al menos del 90%. En el anexo III se señalan ciertos criterios para la asignación de los derechos, entre ellos podemos destacar:

Que debe tratar de asignarse una cantidad inferior al total de derechos asignados al país (número 1)

Las asignaciones deben ser coherentes con el potencial, incluido el tecnológico, de reducción de las emisiones de las actividades que se rigen por la directiva. Se puede basar su distribución en el promedio de las emisiones de gases de efectos invernaderos por producto en cada sector de actividad y en los progresos alcanzables en cada actividad (número 3).

La distribución debe ser coherente con los demás instrumentos legislativos y políticos y comunitarios (número 4).

Se debe incluir información sobre la manera en que los nuevos entrantes podrán comenzar a participar en el régimen comunitario en el estado miembro que se trate (número 7).

El plan deberá permitir la formulación de observaciones por parte del público y contener una lista de instalaciones cubiertas por la directiva con las cifras de derechos de emisión que se prevé asignar a cada una (número 10).

Los Estados, a la luz de todas estas indicaciones, decidirá la cantidad total de

⁶⁹ “Cualquier persona que opere o controle la instalación o, si así se contempla en la legislación nacional, cualquier persona en la que se haya delegado poderes económicos decisivos sobre el funcionamiento técnico de la instalación” (art. 3 letra F)

⁷⁰ En dicho artículo se autoriza a los estados miembros a solicitar a la comisión la exclusión de instalaciones con carácter temporal hasta el 31 de Diciembre de 2007. La referida solicitud será resuelta por la Comisión previa publicación de la misma y tomando en cuenta lo que diga el público, observándose que se cumplan los requisitos señalados en el número 2 del mismo artículo.

⁷¹ Del 2005 al 2008 y del 2008 en adelante en periodos de 5 años.

derechos de emisión que asignará para el primer periodo y su asignación al titular de cada instalación (art. 11).

A su vez, los Estados deben velar para que los derechos puedan transferirse entre personas en la comunidad y entre personas en terceros países donde tales derechos de emisión sean reconocidos. También deben velar para que se reconozcan los derechos de emisión expedidos por una autoridad competente de otro Estado miembro.

Los derechos de emisión son válidos para el periodo que fueron otorgados y, una vez vencido, deben ser cancelados (art. 13).

Se contempla un sistema de seguimiento para que las instalaciones no sobrepasen los derechos de emisión asignados, así como un sistema de sanciones por un exceso de emisiones que será de 100 euros por cada tonelada equivalente de dióxido de carbono emitido por la instalación. Esta multa es rebajada a 40 euros para el periodo de tres años que comienza el 2005 (art. 16), *el pago de la multa no exime al titular de la obligación de entregar una cantidad de derechos de emisiones equivalente a las emisiones en exceso.*

Es importante destacar que la directiva contempla un sistema de registro que permite llevar cuenta exacta de la expedición, la titularidad, la transferencia y la cancelación de los derechos de emisión (art. 19 número 1), así como que cualquier persona puede ser titular de derechos de emisión (art. 19 número 2).

Los Estados pueden aplicar el régimen de comercio de derechos de emisión de la directiva a actividades, instalaciones y gases de efecto invernadero que no estén enumerados en el anexo I, siempre que la Comisión apruebe la inclusión de acuerdo a un procedimiento (art. 24).

En el artículo 25 se establece la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros países mencionados en el anexo B del Protocolo de Kyoto, a efectos de establecer el reconocimiento mutuo de derechos de emisión entre el régimen comunitario y otros regímenes de comercio de derechos de emisión.

Finalmente, debemos destacar que el artículo 29 consagra la posibilidad de que los Estados soliciten a la Comisión la asignación de derechos de emisión adicionales a determinadas instalaciones en caso de fuerza mayor. La Comisión, si estima que concurre la fuerza mayor, autorizará la expedición de derechos adicionales que serán intransferibles.

2.2.- Experiencia Chilena de compensación de emisiones: Decreto Supremo N° 4

El dos de Marzo de 1992 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 4 del Ministerio de Salud (DS 4). Mediante él se pretende controlar y reducir las emisiones diarias de partículas totales en suspensión provenientes de las fuentes industriales fijas de cierto tamaño ubicadas dentro de la Región Metropolitana.^{72 73}

Mediante este decreto, las fuentes existentes⁷⁴ recibieron derechos de capacidad de emisión diaria a perpetuidad⁷⁵ “Una fuente debe mantener suficientes derechos para cubrir el nivel máximo de emisiones proyectado para un día cualquiera. Llamamos a este nivel la capacidad de emisión de la fuente. La autoridad determina la capacidad de emisión basada en el tamaño de la fuente y el tipo de combustible que utiliza, los que son medidos durante las inspecciones anuales”⁷⁶.

Las fuentes nuevas sólo podrán ser autorizadas para funcionar en la medida que compensen en un 100% sus emisiones de material particulado. En otras palabras, las fuentes nuevas deberán comprar a las existentes derechos de capacidad de emisión diaria.

⁷² “Programa de Compensación de Emisiones: Evaluación del Diseño de Fiscalización y su Cumplimiento” Milagros Palacios y Carlos Chávez, Estudios Públicos 88 (primavera 2002), p. 100

⁷³ El Plan de Descontaminación de la Región Metropolitana contempla la compensación de emisiones ya no sólo para el material particulado, sino también para gases. Así tenemos, por ejemplo, los siguientes artículos del referido plan que tratan sobre la compensación: “**Artículo 45.-** El plazo máximo de cumplimiento de las metas individuales de reducción de emisiones de NO X será el 1º de mayo de 2007. El cumplimiento de las metas de reducción podrá realizarse mediante la compensación de emisiones. **Artículo 46.-** Las fuentes estacionarias inscritas en el Registro Oficial del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana a partir de la publicación del presente decreto en el Diario Oficial, cuya emisión de NO X sea mayor o igual a la de la última fuente incluida en el 80% a que se refiere el artículo 43 del presente decreto, deberán compensar sus emisiones en un 150%. Las fuentes estacionarias que se hayan inscrito en el Registro Oficial del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana entre el 1º de enero de 1998 y la fecha de publicación del presente decreto en el Diario Oficial, cuya emisión de NO X sea mayor o igual a la de la última fuente incluida en el 80% a que se refiere el artículo 43, deberán compensar sus emisiones en un 120%. Las compensaciones establecidas en el presente artículo, deberán ser acreditadas ante el Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana antes del 1º de mayo de 2007. **Compensación de Emisiones para Proyectos y/o Actividades Nuevas y Modificaciones de Aquellos Existentes. Artículo 51.-** Todos aquellos proyectos o actividades nuevas y modificación de aquellos existentes que se sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, deberán cumplir las siguientes condiciones: **1.** Aquellos proyectos o actividades nuevas y sus modificaciones, en cualquiera de sus etapas, que tengan asociadas una emisión total anual que implique un aumento sobre la situación base, superior a los valores que se presentan en la siguiente tabla, deberán compensar sus emisiones en un 150%. **Contaminante Emisión máxima t/año** MP10 10 CO 100 NO X 50 COV 100 SO X 150 **2.** La compensación de emisiones será de un 150% del monto total anual de emisiones de la actividad o proyecto para el o los contaminantes para los cuales se sobrepase el valor referido en la tabla precedente. Estas emisiones corresponderán a emisiones directas, es decir, las que se emitirán dentro del predio o terreno donde se desarrolle la actividad, y a las emisiones indirectas, tales como, las asociadas al aumento del transporte producto de la nueva actividad. Tratándose de fuentes estacionarias puntuales se considerará la compensación de material particulado de acuerdo al D.S. N°4/1992 y al D.S. N°812/1995, ambos del Ministerio de Salud. **4.** Las condiciones mencionadas en relación con la compensación de emisiones no sustituirán las exigencias impuestas en otras normativas vigentes en la Región Metropolitana para los referidos contaminantes.”

⁷⁴ Aquella instalada o con autorización de instalación aprobada a la fecha de publicación del decreto.

⁷⁵ “Análisis del Mercado de Emisiones de Material Particulado en Santiago”, Juan Pablo Montero, José Miguel Sánchez y Ricardo Katz, Estudios Públicos 81 (verano 2001), 178.

⁷⁶ Montero, Sánchez y Katz, op. cit. p. 179

Por otra parte, las fuentes existentes que deseen aumentar sus emisiones deberán compensar la diferencia de emisiones mayor a la autorizada, con otras fuentes existentes (art. 6).

Las fuentes incluidas inicialmente en el proceso fueron las calderas industriales, las calderas de calefacción, los generadores a vapor y los procesos industriales, pero estos últimos fueron excluidos debido a la complejidad para estimar sus emisiones.⁷⁷

“Las fuentes existentes recibieron una asignación de permisos de capacidad máxima de emisión, denominados emisión diaria inicial (EDI). Estos permisos fueron distribuidos, por única vez, en forma gratuita y de manera proporcional al caudal del flujo de emisiones de la fuente y a una tasa de emisiones predeterminada (...). La regulación estableció que los EDI pueden ser utilizados solamente para el cumplimiento de los compromisos diarios para cual el permiso fue creado, por lo que no se permite el almacenamiento de los mismos. El programa tampoco considera la posibilidad de utilizar permisos asignados para periodos posteriores para propósitos de cumplimiento presente.”⁷⁸

Es importante destacar, que el artículo 4 del DS 4 establece lo que en algunos sectores académicos se ha denominado como *norma de decencia*, esto es *“regulaciones ya no sólo establecidas con fines de protección de la salud y del ambiente, sino como también para definir un mínimo tecnológico aceptable el cual no necesariamente dice relación con la capacidad de carga del área respectiva”⁷⁹*. A modo de ejemplo la norma de emisión de 112 miligramos por metro cúbico tiene su fundamento en que el humo es visible desde una chimenea en una concentración superior a un número sobre 120 miligramos por metro cúbico, por lo tanto generando un marco de seguridad, la norma de emisión prohíbe los humos visibles. La norma en cuestión contempla que en ningún caso las fuentes podrán emitir material particulado en concentraciones superiores a 112 miligramos por metro cúbico. En otras palabras, una fuente podría tener todos los EDI de la Región Metropolitana, pero aún así no podría superar el índice recién señalado.

Otro caso interesante de señalar al respecto es la situación de la norma de emisión a cursos de agua (D.S. 90/2000). Fruto de la polémica surgida a raíz de la planta de Celulosa Arauco y Constitución (Celco), el profesor Eduardo Jaramillo ha señalado que el problema de la normativa de emisión existente no se hace cargo de la capacidad de carga del acuífero, al ser una norma de concentración, por lo que se *“debe cambiar la normativa para las empresas que descargan residuos industriales líquidos al medio acuático. Está basada en concentraciones de químicos y deben considerarse las cargas netas. Me refiero a que al tomar una muestra, por ejemplo, da 5 miligramos por litro, entonces se dice que está bajo la norma. El problema es que esos 5 mg/l son como una foto instantánea. Pero si esa cantidad se lleva a una hora, a 24 horas, a 30 días y luego a 10 meses, uno se puede dar cuenta que a ese medio acuático ha ingresado una tremenda cantidad de químicos.”⁸⁰* De esta forma el D.S. 90 opera en los hechos como

⁷⁷ Palacios y Chávez, op. cit. p. 101

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Vergara Fisher, Javier, “Apuntes de Clases” (inédito).

una norma de decencia, pero no es capaz de asegurar que el medio receptor no se verá afectado por una o más descargas.

Se ha señalado por parte de la doctrina que, si bien el Programa de Compensación de Emisiones correspondería por diseño a un programa de “mercado”, *“ha tendido a funcionar en la práctica como un programa basado en límites máximos de emisión, lo cual corresponde a un programa del tipo comando y control”*⁸¹

El total de EDI asignado a las 526 fuentes existentes a marzo de 1992 fue de 4.604, 1 Kg/día, o su equivalente de 1.675,5 Ton/año.⁸²

Hay que dejar constancia que el DS 4 interactúa con el DS 32, el cual controla las emisiones de las fuentes fijas durante las situaciones de preemergencia y emergencia por la deficiente calidad del aire en la ciudad. El SESMA confecciona periódicamente un listado con las fuentes generadoras de contaminación. Aquellas fuentes que aportan en conjunto el 30% o 50% de la emisión diaria, pueden verse obligadas a paralizar sus operaciones durante los episodios de emergencia o preemergencia. Por esta razón, una fuente que está dentro del Programa de Compensación de Emisiones podría detener sus operaciones durante estos periodos.⁸³

Los estudios realizados al Programa de Compensación de Emisiones han demostrado que desde su entrada en vigencia a julio de 1997, la capacidad total de partículas en suspensión estaba por debajo del número total de derechos de capacidad distribuidos,⁸⁴ considerándosele como un buen desempeño ambiental. En otras palabras, ha habido un descenso en las emisiones de partículas totales en suspensión de las fuentes industriales desde la entrada en vigencia del DS 4.

Pero este descenso tiene una justificación que no es el decreto ya mencionado, sino la adopción del gas natural como fuente energética en reemplazo de las que se usaban a la fecha de la dictación del DS 4 (a ello se suma que las industria se cambiaron a combustibles mas limpios para evitar estar entre las fuentes más contaminantes y así no paralizar en los días de preemergencia y emergencia).⁸⁵

Se ha estimado que el DS 4 no ha cumplido con las expectativas de actuar como instrumento económico de descontaminación, ya que analizado desde esta perspectiva *“(…) no ha tenido un buen desempeño. En consecuencia, no se le puede atribuir la responsabilidad por la reducción en las emisiones y el logro de las metas ambientales. Los precios observados y el volumen de las transacciones son muy diferentes de*

⁸⁰ Revista del Campo del diario El Mercurio del lunes 9 de mayo de 2005

⁸¹ Palacios y Chávez, op. cit. p. 116

⁸² Palacios y Chavez, op. cit. p. 102

⁸³ Palacios y Chávez, op. Cit. p. 107 y 108.

⁸⁴ Montero, Sánchez y Katz, op. cit. p. 179

⁸⁵ Idem, op. cit. p. 180

aquellos que se predicen con un modelo de simulación de un mercado sin fricciones. Con la rápida adopción del gas natural por parte de las fuentes industriales, la demanda por derechos de capacidad ha disminuido, pero la oferta no ha respondido tanto como se hubiese esperado y los precios se han mantenido por sobre aquellos predichos por el modelo de la simulación, y el nivel de las transacciones se ha mantenido a niveles muy bajos.”

“Una parte importante del pobre desempeño que ha tenido el mercado por derechos puede explicarse por: 1) incertidumbre regulatoria; 2) altos costos de transacción y el largo e incierto proceso de aprobación; 3) bajo poder de fiscalización, sobre todo durante las fases tempranas del programa; y 4) algunas indicaciones de concentración del mercado”⁸⁶

⁸⁶ Idem

Capítulo 3. El proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso

3.1.-Introducción:

Pasaremos revista al proyecto de ley presentado en junio de 2003 con las indicaciones efectuadas por el Ejecutivo en enero de 2004 incluidas, esto es, como un todo, sin embargo nos detendremos en aquellas modificaciones que a nuestro juicio sean relevantes. Además, realizaremos los comentarios y observaciones al articulado que consideremos pertinentes y que no abordamos en los capítulos siguientes.

3.2.- Mensaje:

El 5 de Junio de 2003 el Presidente de la Republica, mediante el Mensaje N° 33-349, envía a la Cámara de Diputados “El Proyecto de Ley Sobre Bonos de Descontaminación”.

Mediante dicho proyecto se somete a consideración del Congreso el marco para la implementación de un Sistema de Bonos de Descontaminación, instrumento de gestión

ambiental conforme el artículo 48 de la Ley 19.300 de Bases Generales de Medio Ambiente.⁸⁷

El mensaje del proyecto se inicia destacando el éxito económico de Chile en las últimas décadas de Chile, dentro del contexto latinoamericano. Por otra parte, también se destaca el haber podido implementar la institucionalidad ambiental, compatibilizándola con el desarrollo económico. Se ensalzan algunos logros ambientales, como la reducción del material particulado fino asociado a los procesos de combustión, y la inserción de Chile en el concierto internacional.

En este contexto, tratando de compatibilizar el crecimiento económico con el cuidado ambiental, junto a la equidad social, elementos necesarios para el desarrollo sostenido, se presenta el proyecto.

Se destaca que los Bonos de Descontaminación, como instrumentos de Gestión Ambiental, permiten alcanzar y mantener en el tiempo el pleno cumplimiento de las normas de calidad ambiental vigentes al menor costo posible y de forma compatible con el crecimiento económico.

Se señala que, dentro de este nuevo enfoque, el *“Sistema de Bonos de Descontaminación no da derecho a contaminar, es decir, a sobrepasar los límites máximos establecidos por la autoridad en las normas de calidad ambiental, porque contaminar se encuentra prohibido tanto en la Constitución Política como en las leyes”*

“Por el contrario, lo que busca el Sistema de Bonos es que en aquellas zonas en que existiere saturación o riesgo de alcanzar este nivel, se puede descontaminar o evitar la contaminación al menor costo económico y social posible”

Por otra parte, con el Sistema de Bonos no se pretende reemplazar el enfoque de comando y control ni a debilitarlo, sino solo a complementarlo. De hecho, las normas de emisión han de constituirse en el instrumento básico que permite controlar potenciales efectos locales, aún cuando opere un sistema de bonos.

El Sistema permite que las reducciones de emisiones no solo se realicen a través de modificaciones estructurales o de funcionamiento de la misma fuente, como ya lo vimos en los capítulos anteriores, sino a través de la materialización de reducciones de contaminación en otras fuentes.

Los bonos permiten congelar e incluso reducir las emisiones totales en las zonas donde se aplica, esto porque permite definir un límite superior o techo de un contaminante en una zona geográfica dada, así cualquier nueva fuente que desee entrar adquirir los bonos.

Se señala que es necesario el sistema porque por ejemplo (aquí se revela la clara orientación a la Región Metropolitana del proyecto) en Santiago el Plan de Prevención y Descontaminación establece la exigencia de compensaciones para grandes emisores que ingresen a la región, ampliándose a otras fuentes emisoras, tales como buses, procesos industriales y equipos de calefacción a leña. Así es muy difícil en el actual sistema dar respuesta a todas las transacciones que se prevén, por lo que es necesario

⁸⁷ Proyecto de Ley Sobre Bonos de Descontaminación, mensaje.

facilitar el intercambio y dar mayor credibilidad y certidumbre.

Posteriormente se habla de los referentes internacionales para implementar el Sistema, tema ya visto en el capítulo II.

Se continúa con el contenido del Proyecto, cuestión que analizaremos cuando revisemos el articulado. Solo mencionaremos que el Proyecto de Ley de Bonos de Descontaminación se estructura como una Ley Marco, *“ya que en número relativamente pequeño de disposiciones se concentran las bases para la aplicación de Sistemas de Bonos de Descontaminación en las distintas zonas del país, estableciendo, para cada uno de los aspectos de estos Sistemas, distintas modalidades”*.

“La modalidad que adopte cada uno de los Sistemas de Bonos se determinará en función de las características propias de cada zona, el recurso a proteger o el tamaño del mercado, entre otras consideraciones”.

“(…)”.

*“De este modo, la implementación caso a caso se llevará a cabo mediante decretos supremos, sometándose los bonos de descontaminación a las mismas exigencias de participación que las establecidas en los planes de descontaminación y la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión, a objeto de permitir la confluencia de opiniones de los distintos organismos públicos y privados, además de entregar transparencia al proceso de implementación del sistema”*⁸⁸

Finalmente, el mensaje habla de la compatibilidad del Sistema con los principios de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

Así tenemos que se señala que es compatible con el principio preventivo, porque si una zona ya se encuentra saturada de contaminantes o en estado de latencia, la aplicación del Sistema permitirá congelar las emisiones⁸⁹.

Es también compatible con el principio de quien contamina paga, ya que las fuentes deberán incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación, de tal forma que al momento de instalarse considere las externalidades negativas que se generen (emisiones).

Se cumple con el principio participativo porque para la elaboración del Sistema de Bonos se ha de seguir el mismo procedimiento utilizado para la elaboración de los Planes que contempla la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

El Sistema también cumple con el principio de eficiencia porque se logra disminuir la contaminación al menor costo posible.

⁸⁸ “Proyecto de Ley...”, Mensaje.

⁸⁹ Este comentario del mensaje debe ser concordado con las indicaciones introducidas por el gobierno, toda vez que con ellas es absolutamente indispensable para la dictación de un SPET que una zona sea declarada como saturada o latente.

3.3.- Proyecto de Ley comentado:

1.- Disposiciones generales y definiciones:

Según el artículo 1 de la ley, ésta tiene como objeto regular el Sistema de Bonos de Descontaminación, quedando sometida a ella los permisos de emisión y las modalidades para su asignación, los bonos de descontaminación y todas las materias para hacerlo operativo siendo su propósito fundamental reducir las emisiones contaminantes en una zona geográfica determinada.

Creemos que el proyecto debería señalar, tal como lo hace la directiva europea, que además de tener por objeto fomentar la reducción de emisiones contaminantes, éste busca hacerlo de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente.

La Dirección ejecutiva de la CONAMA velará por la adecuada aplicación de las disposiciones de la ley. Para ello podrá impartir resoluciones de carácter general.

Los reglamentos que se requieran serán dictados a través del Ministerio Secretaria General de la Presidencia (art. 2).

En el artículo 3 se dan una serie de definiciones para los efectos de la ley. Así tenemos que:

Ahorro intertemporal: Es una modalidad de uso de los cupos de emisión⁹⁰ que permite a su titular usarlo en un periodo de vigencia posterior para el que fue dado, siempre y cuando medie autorización, no haya sido utilizado en el periodo respectivo y se use en épocas de baja contaminación especialmente definidas por el decreto respectivo que así lo autorice⁹¹.

Bono de descontaminación: Es el permiso o título de emisión⁹² transable en el Sistema, que representa total o parcialmente un permiso de emisión asignado por la autoridad. Es para un periodo de vigencia y una magnitud de emisión. Es divisible tanto en su magnitud como en su vigencia, pudiendo transferirse de acuerdo a las disposiciones de la presente ley⁹³.

Capacidad de carga de la zona geográfica: Nivel máximo de emisiones que acepta una zona geográfica, sin superar el nivel de saturación del respectivo contaminante⁹⁴.

⁹⁰ Que en este numeral se mantenga la expresión “cupos de emisión”, en vez de la expresión “permiso de emisión”, se explica solamente a una inadvertencia por parte de las indicaciones, dado que la expresión “cupos de emisión” fue eliminada del proyecto.

⁹¹ **Con el ahorro intertemporal se busca que quien no haya hecho uso de su permiso de emisión (no de bono) en un periodo de vigencia (espacio de tiempo en el cual un permiso de emisión permite respaldar válidamente las emisiones de la fuente) determinado, lo use en otro siempre y cuando esto sea autorizado por la CONAMA y en periodo de baja contaminación, para que no exista un daño ambiental.**

⁹² Nos haremos cargo en extenso de la naturaleza jurídica del permiso en el capítulo 5.

Categoría de fuente: Conjunto de fuentes, determinado por la autoridad, que, perteneciendo a un mismo sector o actividad presentan similares condiciones de operación y/o tecnología, similitud respecto del tipo y/o volumen de sus emisiones, y/o similitud respecto de las exigencias ambientales que les afectan

Emisión: Descarga directa o indirecta al medio ambiente de toda sustancia contaminante.

Emisión real: Cantidad de emisiones medida o estimada, que una fuente descarga al medio ambiente.

Entidad certificadora de emisiones: Laboratorio de medición y análisis de emisiones autorizadas por el servicio competente, que cuenta además con la acreditación dada por la CONAMA para efectos de esta ley.

Excedente de emisión: Diferencia entre el permiso de emisión de una fuente participante y su emisión real, cuando ésta es menor que el primero. En los sistemas de Bonos del tipo de certificación previa, la certificación previa del excedente será requisito para generar el bono de descontaminación⁹⁵.

Fase: Periodo de tiempo para el cual se establecen metas de reducción de emisiones.

Fuente: Toda actividad, proceso natural o antropogénico, operación o dispositivo que independiente de su campo de aplicación, produzca o pueda producir emisiones.

Fuente existente: Fuente que a la fecha que entre en vigencia un decreto que establezca un Sistema, se encuentre registrada en algún Registro Público y que deba, además registrarse en el Registro de Fuentes, Sumideros y Participantes No Emisores.

Fuente Nueva: Fuente que, rigiendo un Sistema que le sea aplicable, no se encuentra registrada como fuente existente, sea que provenga de un proceso enteramente nuevo o de la ampliación o modificación de otro.

Fuente Participante: Fuente que cuenta con un permiso de emisión o un bono de descontaminación⁹⁶.

⁹³ En definitiva el “Bono” es la autorización o permiso (sin que por ello postulemos que se trate necesariamente de alguna de esas formas de utilización de los bienes públicos) para emitir sustancias contaminantes, transable en el sistema y representa total o parcialmente un permiso de emisión, en atención a que el sustrato fáctico que lo origina es la disminución de emisiones reales con respecto a lo autorizado por el permiso de emisión. El bono es divisible tanto en su vigencia como en magnitud; así si un privado está facultado por la autoridad para emitir 100 durante un mes, puede emitir 50 durante todo el mes y vender la diferencia o emitir solamente dos semanas al mes y vender diferencia (en la misma cantidad de contaminantes que soporta la zona geográfica).

⁹⁴ Es fundamental para que un SPET funcione que se determine la capacidad de carga de la zona geográfica, porque de lo contrario se puede crear un grave daño ecológico

⁹⁵ Para determinar el excedente de emisión se debe “restar” de lo que está autorizado a emitir la fuente (permiso) de lo que efectivamente ha emitido, si existe una diferencia, hay un excedente de emisión.

⁹⁶ La fuente participante puede ser nueva, existente o voluntaria

Fuente Voluntaria: Fuente emisora que, sin estar obligado a ello, se somete a la ley.

Monitoreo: Medición sistemática de un parámetro que representa el estado de funcionamiento de una fuente y que se relaciona directa o indirectamente con sus emisiones.⁹⁷

Participante no emisor: Persona natural o jurídica que adquiere un bono de descontaminación, sin que sus emisiones, si es que las hay, estén reguladas por el sistema.⁹⁸

Periodo de conciliación: Espacio de tiempo que sigue a un periodo de vigencia, en el cual las fuentes pueden transar validamente bonos de descontaminación correspondiente a aquel periodo de vigencia.

Periodo de vigencia del permiso de emisión: Espacio de tiempo en el cual un permiso de emisión permite respaldar válidamente las emisiones de la fuente.

Periodo de vigencia del bono de descontaminación: Espacio de tiempo, dentro de cada fase, en el cual un bono de descontaminación representa válidamente un permiso de emisión.⁹⁹

Permiso de emisión: Magnitud determinada de emisión de uno o más contaminantes, autorizada para una fuente existente o participante, para un determinado periodo de vigencia y fase.

Sistema de bonos de descontaminación: Conjunto de disposiciones emanadas de la ley de bonos, que tienen por finalidad controlar la emisión total de uno o más contaminantes, y que establece los mecanismos y procedimientos relativos a la asignación de permisos de emisión, la creación de bonos de descontaminación, y las características del régimen de transacción de éstos, en una zona geográfica determinada.

Sumidero: Todo aparato, actividad o proceso, natural o antropogénico, que captura o abate contaminantes ya presentes en el medio ambiente o disminuye la emisión de

⁹⁷ El tema del monitoreo, no es menor, para una adecuada implementación del sistema. En efecto, Juan Pablo Montero sostiene que un instrumento económico de este tipo para reducir emisiones en ciudades como Santiago, necesariamente va a estar basado en sistemas de monitoreo imperfecto (no existe posibilidad de monitoreo continuo por los elevados costos que ello acarrea) lo único monitoreable sería el tamaño de la fuente, que tecnología de abatimiento esta usando, etc, en donde se puede tener una visión aproximada de las emisiones reales, no exacta. El autor concluye que tanto el análisis teórico como práctico muestran que el monitoreo imperfecto, concurriendo ciertos supuestos, no es un impedimento para la operación de un sistema de permisos de emisión transables. Para mayor información consultar, Montero, Juan Pablo, Serie informe ambiental N° 12, Agosto de 2003, Instituto Libertad y Desarrollo.

⁹⁸ Con esto se pretende dar flexibilidad al sistema al permitir, porque quien quiera puede participar en un SPET, sin ser necesariamente un emisor de contaminantes regulados por el Sistema. Así pueden participar personas con fines filantrópicos, inversionistas o quienes quieran reducir la contaminación por otros motivos (por ejemplo, agricultores que quieran proteger su entorno para así acceder a certificaciones de pureza)

⁹⁹ El sistema esta dividido en fases,(periodo de tiempo para el cual se establecen metas de reducción de emisiones) cuya duración y condiciones de ajuste deberán ser señaladas por el decreto que establezca el sistema. A su vez, cada fase esta subdividida en periodos de vigencia de los bonos de descontaminación, los que se encuentran separados entre sí, por periodos de conciliación.

aquellos contemplados en un sistema de Bonos de Descontaminación; todo lo anterior debe ser verificable y cumplir con los demás requisitos establecidos en la ley y el reglamento¹⁰⁰.

Zona geográfica de aplicación: Zona geográfica del territorio nacional donde se aplica un sistema de bonos de descontaminación.

Nos detendremos brevemente en aclarar tres conceptos fundamentales, respecto de los cuales puede existir algún grado de confusión. Nos referimos a las expresiones “cupos de emisión”, “permiso de emisión” y “bono de descontaminación”.

La expresión “cupo de emisión” fue eliminada del proyecto de ley mediante las indicaciones efectuadas por el ejecutivo en enero de 2004, reemplazándola por la expresión “permisos de emisión”, por lo que toda referencia que se haga en este trabajo o en alguna cita a la expresión cupo de emisión debe entenderse como hecha a la expresión “permiso de emisión”.

La expresión “permiso de emisión” es definida por la ley como “Magnitud determinada de emisión de uno o más contaminantes, autorizada para una fuente existente o participante, para un determinado periodo de vigencia y fase”

La cantidad de contaminantes que una fuente puede emitir esta dado por la cantidad de permisos que posea que respalden dichas emisiones. Sin permisos la fuente no esta autorizada para emitir. La autorización es para un periodo de vigencia y fase. En la práctica los permisos de emisión operan como normas de emisión particulares, y son ellos los que son asignados inicialmente mediante métodos históricos o de referencia.

La expresión “bonos de descontaminación” esta definida en la ley de la siguiente manera “Es el permiso o titulo de emisión transable en el Sistema, que representa total o parcialmente un permiso de emisión asignado por la autoridad. Es para un periodo de vigencia y una magnitud de emisión. Es divisible tanto en su magnitud como en su vigencia, pudiendo transferirse de acuerdo a las disposiciones de la presente ley.”

Constituye el titulo que se transa en el sistema, se señala que representa total o parcialmente un permiso de emisión, debido a que para que nazca un bono de descontaminación, se necesita que la fuente reduzca sus emisiones de un determinado contaminante respecto de lo autorizado por los permisos de emisión. El excedente de emisión¹⁰¹ es el sustrato fáctico que hace posible generar el bono de descontaminación, la ley exige como requisito adicional para que nazca a la vida del derecho la inscripción en el registro correspondiente, para que produzca efectos y sea oponible a terceros.

Un ejemplo podrá ayudar a aclarar más los conceptos, si a una fuente le asignaron permisos de emisión que representan 100 toneladas de un contaminante “x” y logra

¹⁰⁰ Esta definición debe ser concordada con la dada por la Convención Marco Sobre Cambio Climático que establece “*cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe o remueve un GEI, un aerosol o un precursor de un GEI de la atmósfera*” (art. 1 número 8). En palabras simple un sumidero es cualquier sistema de captura de contaminantes establecido específicamente para ello, por ejemplo, una plantación de árboles.

¹⁰¹ Diferencia entre el permiso de emisión de una fuente participante y su emisión real, cuando ésta es menor que el primero.

reducir sus emisiones a 80 toneladas, podrá transar la diferencia, que en este caso corresponde a 20 toneladas, como bono de descontaminación, para lo cual deberá inscribir en el registro correspondiente dicha diferencia y a partir de ese momento se entenderá generado el bono.

Si quien compra un bono lo quiere utilizar como permiso, deberá inscribirlo en el registro de permisos de emisión.

La lógica que opera es sencilla.

La autoridad asigna permisos de emisión y define ciertas metas de reducción de emisiones. Las fuentes participantes deberán realizar las reducciones establecidas o comprar bonos que hayan generado otras fuentes para cubrir las emisiones que superen su permiso.

El bono de descontaminación no es permanente, es para un periodo de vigencia y representa una magnitud determinada.

Uno se pregunta por que se empleo la expresión bono de descontaminación, la cual es novedosa respecto a las experiencias comparadas, la respuesta parece ser solo por razones de marketing.

2.- Del Sistema de Bonos de Descontaminación.

2.1. Del establecimiento de un sistema de Bonos de Descontaminación.

En el artículo 4 del Proyecto se establece que los Sistemas van a ser establecidos mediante Decreto Supremos que llevarán la firma del Ministro Secretario General de la Presidencia y de él o los ministros sectoriales que corresponda.

El decreto deberá indicar:

- a) La zona geográfica de aplicación.
- b) La categoría de las fuentes que participarán, de entre aquellas que son reguladas por un plan de prevención o descontaminación;
- c) El o los contaminantes que se regularán, de entre aquellos que son materia de un plan;
- d) El tipo de sistema que se aplicará.
- e) La magnitud total de emisiones a asignar en la zona.
- f) La magnitud total de emisiones a asignar en la zona geográfica de aplicación por categoría de fuentes.
- g) Los parámetros de asignación de dicho magnitud a las diversas fuentes.
- h) La duración de las fases y las condiciones de ajuste de dichas fases, en función de lo previsto en los planes de prevención o descontaminación;
- i) El periodo de vigencia de los bonos de descontaminación, el periodo de conciliación, y si se puede producir ahorro intertemporal.
- j) Las limitaciones y restricciones al uso de cupos de emisión y transferencia de bonos de descontaminación, que conforme a la ley podrán imponerse.

k) El porcentaje máximo de la emisión autorizada a una fuente que abandona la zona geográfica de aplicación del sistema, que podrá ser transado como bono de descontaminación, el que, en todo caso, no podrá exceder de un 90%. (Agregado por la indicación)

l) Las modalidades de transacción.

m) Los requerimientos y periodicidad de certificación, monitoreo y reporte de las emisiones.

n) Normas transitorias relativas a los mecanismos de compensación vigentes.

o) La fecha en que entrará en vigencia.

p) Cuando corresponda, las condiciones bajo las cuales subsistirá el sistema una vez alcanzadas las reducciones de emisiones materia del Plan de Descontaminación o de Prevención y las normas específicas a las que se sujetará, y

q) El evento o condición que pondrá término a la vigencia del sistema.

La amplitud de materias que deberá regular el decreto supremo respectivo, ponen de manifiesto el carácter marco de la presente ley.

En el artículo 5 se establece que para la elaboración, establecimiento y modificación se seguirá el mismo procedimiento que para los planes de Prevención o descontaminación.

La administración de cada sistema corresponderá a la COREMAS si se aplicare en una región o a la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, si el sistema fuere transregional. (Artículo 6)

El artículo 7 dispone que el Sistema se aplicará siempre que sea incorporado como instrumento de un Plan de Prevención o de Descontaminación¹⁰².

Podrá, también, aplicarse en toda zona sometida a un plan de Prevención o Descontaminación, respecto de uno o más contaminantes regulados en ellos a los que se hayan asignado metas de reducción de emisiones.

El sistema regirá en tanto se mantenga el Plan de Prevención o Descontaminación que le sirva de fundamento.

No obstante, el sistema podrá subsistir después del término de la vigencia de dichos Planes, cuando fuere necesario para reducir el total de las emisiones de uno o más contaminantes, a un nivel determinado para prevenir la recuperación de la latencia o saturación. Para este efecto, el decreto que establezca el sistema deberá definir las condiciones bajo las cuales subsistirá el sistema y determinar, fundadamente, el nivel total de emisiones para cada contaminante que se deberá alcanzar.

Los artículos 8 y 9 del proyecto de ley fueron suprimidos por las indicaciones, modificándose el resto de la numeración del articulado¹⁰³.

Previo al proyecto de ley, se discutía si los permisos de emisión se podían o no dictar

¹⁰² Es importante destacar que es absolutamente necesario para la implementación de un SPET que haya un plan de prevención o de descontaminación.

solo a propósito de planes de prevención o descontaminación o si por el contrario podían dictarse de manera preventiva, sin necesidad de existir planes de prevención o descontaminación.

Pues bien, el proyecto de ley previo a las indicaciones de enero de 2004, contemplaba la posibilidad de utilizar el SPET con carácter preventivo. Sin embargo, con la supresión de los artículos 8 y 9, más la modificación efectuada al artículo 7 y los pequeños cambios realizados en el artículo 4¹⁰⁴, el ejecutivo cambia de parecer y actualmente no caben dudas, en cuanto a que solo se puede dictar un SPET a propósito de planes de prevención o de descontaminación.

En el actual artículo 8 se señala que hay dos tipos de Sistemas: El de certificación previa y el puro y simple.

El primero requiere una certificación previa de reducción de emisiones antes de ser inscrita en el Registro de Bonos de Descontaminación, Prohibiciones y Caducidades.

El segundo no requiere la certificación previa, pero si deberá, periódicamente, certificar que las emisiones han tenido suficiente respaldo en permisos.

Estimamos que se optará por uno u otro sistema, según se quiera privilegiar la liquidez del mercado o dar certeza respecto de que los bonos de descontaminación representan excedentes de emisión¹⁰⁵.

El sistema puro y simple favorece la liquidez del mercado, incentivando un número mayor de transacciones, al ser los costos de transacción menores, en cambio el sistema de certificación previa disminuye el numero de transacciones, al aumentar los costos de transacción, pero en cambio nos otorga certeza respecto de que los bonos de descontaminación representen excedentes de emisión.

2.2 De la asignación de permisos de emisión:

Los permisos de emisión se asignarán a las fuentes existentes y tendrán una duración de carácter indefinido durante la vigencia del sistema, sin perjuicio de los ajustes de cada fase, los que serán notificados a los participantes con una anticipación no inferior a una fase (artículo 9).

¹⁰³ **Estos artículos establecían que en las zonas donde no existen planes de prevención o de descontaminación, las Coremas podrán solicitar, al consejo directivo de la CONAMA la aplicación de un Sistema cuando se estime que con un proyecto se alcancen niveles de latencia o de saturación. Previo a la aplicación del Sistema es necesario determinar la capacidad de carga de la Zona (art. 8).** Para aplicar el Sistema en zonas donde no exista planes se elaborará un reglamento con los requisitos que establece el artículo 9

¹⁰⁴ El artículo 4 en el proyecto original señalaba en sus letras b, c y h: (Lo suprimido por la indicación se colocará en cursivas y entre paréntesis) **b) La categoría de las fuentes que participarán, de entre aquellas que son reguladas por un plan de prevención o descontaminación;(si corresponde).** c) **El o los contaminantes que se regularán, de entre aquellos que son materia de un plan; (si corresponde).** h) **La duración de las fases y las condiciones de ajuste de dichas fases, en función de lo previsto en los planes de prevención o descontaminación; (si lo hubiere.)**

¹⁰⁵ Diferencia entre el permiso de emisión de una fuente participante y su emisión real, cuando ésta es menor que el primero.

Este artículo tal como aparece, es producto de las indicaciones, en efecto antes de ellas señalaba “Los cupos de emisión se asignaran a las fuentes existentes. Dicha asignación tendrá una duración indefinida...”

Mediante esta modificación se acoge la crítica de Sara Larraín que señala que “la asignación de cupos no tiene un límite temporal establecido en la ley”. Con la indicación queda claro, que la duración es indefinida, pero mientras dure el sistema.

Los permisos de emisión serán asignados mediante resolución fundada del director ejecutivo de la CONAMA y será notificada mediante carta certificada a la fuente o, cuando deba ser comunicada a un gran número de participantes, por medio del Diario Oficial. Una vez transcurrido el plazo para reclamar, o una vez resuelto el reclamo, la fuente quedará inscrita de pleno derecho en el Registro.

La resolución que asigna debe contener:

La identificación de la fuente o de las categorías de fuente.

El contaminante y el permiso de emisión que se autoriza.

La identificación con un número de serie de cada uno de los permisos de emisión que se asignan.

La duración de las fases y las condiciones de ajuste de dichas fases.

El período de vigencia de los bonos que se originen con la asignación de cupos de emisión, el periodo de conciliación y la procedencia del ahorro intertemporal, si corresponde

Las modalidades de transacción que se podrán realizar.

Las exigencias de monitoreo

El tipo de Sistema de Bonos de que se trata.

Las restricciones y limitaciones al uso de cupos de emisión y transferencias de bonos de descontaminación, si las hubiera.

Es importante destacar que, según el artículo 12 del proyecto, *“la asignación de los permisos de emisión se hará a título gratuito, basándose para ello en uno o más de los siguientes parámetros:*

Las emisiones históricas de la fuente.

Emisión de referencia.

Sin embargo dentro de un mismo sistema se podrán usar los diferentes parámetros para distintas categorías de fuentes o de contaminantes o en diferentes fases del Sistema”.

Cabe destacar que la asignación inicial de los permisos de emisión cualquiera que sea el criterio que se utilice, se efectuara a título gratuito.

Además, se estableció la posibilidad de realizar una asignación mixta, debido a que es perfectamente posible que convivan ambos parámetros de asignación dentro de un mismo sistema. Así, es factible que a las fuentes fijas se les aplique un criterio de asignación histórico y a las fuentes móviles uno de referencia, por ejemplo.

Para determinar la emisión histórica se tomará el promedio de las emisiones de al menos los últimos tres años, contados desde que se acuerde implementar el Sistema. En el caso que no se cuente con la información suficiente, se contará el promedio de las emisiones de los años de los cuales si se tiene información, en su defecto el promedio ponderado de la categoría a la cual pertenece la fuente (artículo 13).

Como señalamos en el capítulo 1, la distribución en base a criterios históricos Esta forma de asignación tiene una serie de dificultades en relación a los incentivos que genera, ya que no reconoce el hecho de que ciertas empresas pueden haber invertido grandes recursos para reducir sus emisiones en periodos anteriores. En cierta medida, se estaría penalizando a dichas empresas, ya que recibirían menor cantidad de permisos que aquellas que anteriormente no redujeron sus emisiones. El principio del que contamina paga se transformaría en el que contamina gana.

Es más, si una industria que actualmente emite por debajo de la norma pensara que prontamente se va a instalar este sistema, pueden tener el incentivo de incrementar sus emisiones para así aumentar su asignación inicial.

Se critica el método histórico de asignación, debido que posee efectos distributivos regresivos, así se señala que este tipo de asignación es un *“sistema de asignación de derechos discriminatorios. Se privilegia solo la contaminación histórica de las fuentes existentes. Los ciudadanos que no contaminan no reciben cupos de contaminación ni bonos equivalentes. Esta ley intensifica en Chile la actual concentración de derechos de acceso y uso del ambiente por parte de una minoría”*¹⁰⁶

Sin perjuicio de las críticas de que es objeto el método histórico de asignación inicial, es el que predomina en la experiencia comparada.

Tenemos que tomar en consideración que actualmente la Región Metropolitana se encuentra saturada respecto de ciertos contaminantes, por lo que necesariamente para poder dar cumplimiento a las normas de calidad ambiental, que es el objetivo del sistema, van a tener que asignarse permisos de emisión que representen una menor emisión que la actual. Por ese motivo va a existir escasez de permisos desde el inicio del sistema. En todo caso lo más probable es que la adecuación a la normativa se haga de manera gradual.

La emisión de referencia se determina multiplicando un factor de emisión por el nivel de actividad de la fuente (artículo 14).

2.3 De los permisos de emisión:

Las fuentes participantes de un Sistema solo podrán emitir contaminantes materia del Sistema si cuentan con un permiso de emisión válido, suficiente y vigente (artículo 15).

Sin perjuicio de lo anterior, se permite el ahorro intertemporal¹⁰⁷ siempre y cuando el decreto que establece el Sistema lo autorice, las fuentes participantes podrán respaldar sus emisiones de un periodo de vigencia, con permisos de emisión de periodos de vigencias posteriores. El decreto establecerá la proporción máxima de permisos que se

¹⁰⁶ Larraín, Sara “Oposición a la ley de adjudicación de derechos para contaminar el aire” Programa Chile Sustentable, inédito.

podrán utilizar como ahorro, la que en ningún caso podrá ser superior al cincuenta por ciento.

Para proceder al ahorro se debe contar con la autorización del Director Regional de la CONAMA o del Director Ejecutivo (artículo 16).

Nos detendremos brevemente en esta modalidad de uso del permiso de emisión.

El proyecto contempla el ahorro intertemporal, esto es, permite que las fuentes respalden sus emisiones de un periodo de vigencia con permisos de emisión de periodos de vigencia anteriores, es decir, un participante del sistema puede no emitir todo lo que está autorizado, sino menos y sin estar en la obligación de vender la diferencia. En este caso, previa autorización, puede utilizar dicha diferencia en otro periodo de vigencia posterior.¹⁰⁸

La procedencia del ahorro intertemporal esta sujeta a una serie de limitaciones.

Primero, es de resorte exclusivo de la administración, ya que el decreto que establece el sistema puede o no contemplarlo.

Segundo, lo limita en cuanto a la proporción máxima de permisos que se podrán ahorrar, estableciendo como limite máximo el cincuenta por ciento. Lo anterior se explica en la medida de que si muchas fuentes decidieran ahorrar en un año, se podría producir un estado de saturación al año siguiente.

Tercero, el ahorro intertemporal deberá ser autorizado previamente por la Dirección Regional de CONAMA o por el Director Ejecutivo, según corresponda.

Cuarto, solo opera en una sola dirección, ya que no podrán respaldarse emisiones con permisos correspondientes a periodos de vigencia posteriores, en otras palabras no se autoriza utilizar los permisos antes de la fecha estipulada para su uso, lo permitido es que las fuentes respalden sus emisiones de un periodo de vigencia con permisos de emisión de periodos de vigencia anteriores, esto es, ahorrar ahora para utilizar después.

Además, lo ahorrado solo se podrá utilizar en épocas de baja contaminación especialmente definidas por el decreto respectivo que así lo autorice. (En definitiva se busca no superar la capacidad de carga de la zona geográfica, a pretexto de no haber hecho uso del permiso durante su vigencia primitiva).¹⁰⁹

En el derecho comparado, el ahorro intertemporal es conocido como “banking” y usualmente es permitido en los programas de emisión transable. Al igual que en el proyecto chileno, se permite almacenar los permisos para usos futuros, no utilizarlos

¹⁰⁷ Ahorro intertemporal: Es una modalidad de uso de los cupos de emisión que permite a su titular usarlo en un periodo de vigencia posterior para el que fue dado, siempre y cuando medie autorización, no haya sido utilizado en el periodo respectivo y se use en épocas de baja contaminación especialmente definidas por el decreto respectivo que así lo autorice

¹⁰⁸ **Espacio de tiempo en el cual un permiso de emisión permite respaldar válidamente las emisiones de la fuente.**

¹⁰⁹ Hay que dejar en claro que por el sólo hecho de emitir menos de lo autorizado en el permiso no se genera un bono de descontaminación, para que ello ocurra debe haber una intención del participante de vender, intención que se manifiesta mediante la inscripción en el Registro de Bonos de Descontaminación, Prohibiciones y Caducidades.

antes que la fecha estipulada para su uso, lo cual es conocido como “borrowing”.

La teoría estándar sugiere que los programas de permisos de emisión transable deben contemplar una fungibilidad temporal completa, lo que implica que los permisos pueden ser tanto objeto de “banking” como de “borrowing”.

“¿Por qué tan pocos programas cuentan con fungibilidad temporal completa? La respuesta parece estar más en el terreno de la política que en el de la economía.

Una primera preocupación implica que potencialmente se puedan crear focos temporales de emisiones. Cuando las transacciones intertemporales están definidas en una base de uno a uno, es posible una concentración de las emisiones en el tiempo. Desde que las emisiones concentradas en el espacio o tiempo causan mayor degradación que las emisiones dispersas, los reguladores han escogido poner restricciones *a priori* en el uso temporal de permisos, a pesar del castigo económico que ello implica.”¹¹⁰

2.4 De los bonos de descontaminación:

El Bono de Descontaminación se generará por la sola inscripción en el Registro de Bonos de Descontaminación, prohibiciones y caducidades, y desde aquel momento se entiende hecha una oferta irrevocable.

Para utilizar un bono como permiso de emisión deberá inscribirse previamente el respectivo bono en el Registro de Permisos de Emisión, produciéndose de pleno derecho el cese de la oferta de venta de bono de descontaminación.

Analizaremos brevemente, los motivos que llevan a una persona a ofrecer un bono de descontaminación:

- 1.- La fuente disminuyó sus emisiones, por lo que cuenta con un excedente.
- 2.- El valor del bono de descontaminación es superior al valor que representa descontaminar para la fuente.
- 3.- El valor del bono de descontaminación es superior, al costo de las sanciones previstas por la ley. (El costo de la sanción está dado por la probabilidad del castigo multiplicado por el nivel de la sanción o multa).
- 4.- Especulación

Estimamos, siguiendo a Bermúdez Soto, que la norma que establece que desde la generación del bono, esto es desde la inscripción en el respectivo registro, se entiende hecha una oferta irrevocable limita el desarrollo del mercado, *“no se ve sentido que quien realice una oferta de un bono perfectamente pueda retirarla e incluso optar por acumular el bono para especular con un mejor precio, asumiendo la contingencia de riesgo y rentabilidad. Esta norma en la práctica conllevará a que sólo se transforme un cupo en bono cuando exista un comprador asegurado del mismo, lo que una vez más denota que el sistema se transformará en un mercado de transacción directa y no de oferta pública como cualquier mercado de títulos valores.*

¹¹⁰ Tietenberg, Tom, “The tradable Permits Approach to Protecting the Commons: What Have We Learned? www.colby.edu/personal/thtieten/ pág 14, traducción libre.

Asimismo, inhibirá a los potenciales oferentes el ofertar un instrumento en que para poder retirar la oferta por la razón que estime conveniente deba transformarlo en un cupo de emisión. Si quien hace la oferta es una fuente no emisora que adquirió un bono, ¿cómo podría transformar el bono en cupo o qué sentido tendría hacerlo?

Probablemente la intención del redactor del proyecto ha sido proteger que exista una oferta permanente de PET, pero lo más probable es que con estas limitaciones se produzca el efecto contrario.”¹¹¹

Cuando se utiliza el sistema de certificación previa, para que sea transado el excedente de emisión de la fuente participante, éste debe ser previamente certificado por una entidad certificadora de emisiones. El bono de descontaminación se generará inscribiendo el certificado.

2.5 Características comunes a permisos y bonos de descontaminación:

Los permisos de emisión y los bonos de descontaminación pueden ser divididos tanto en su magnitud como temporalidad, pudiendo ser, en consecuencia, su transferencia parcial (artículo 19).

Para que las transferencias produzcan efectos y sean oponibles a terceros deben ser inscritos en los registros respectivos (artículo 20).

El proyecto está estableciendo como requisito de existencia de la transferencia el acto de inscripción, toda vez que sin ella no produce efectos, por lo que sería jurídicamente inexistente, tenemos en consecuencia que la solemnidad sería un requisito de existencia de la transferencia.

Estimamos que, para favorecer la liquidez del mercado, la facultad de división del permiso y del bono tanto respecto de su magnitud como de su temporalidad, no debiese quedar enteramente al arbitrio de quien lo emite, sino que por el contrario debiese ser una medida lo más pequeña y estandarizada posible, así por ejemplo si una fuente reduce 5 toneladas de un contaminante genere 5 bonos de descontaminación que puedan transarse independientemente. Esta estandarización favorecerá las transacciones y la obtención de información respecto de los precios de los bonos. *“De lo contrario, se creará lo que se denomina un mercado “Over the Counter”, fuera de organización, que implica una transacción a la medida y por el mostrador”*¹¹²

2.6 De las limitaciones y restricciones al uso de permisos de emisión y transferencia de bonos de descontaminación:

En el decreto que establece el Sistema se pueden establecer, además de la señalada en la letra k) del artículo 4, las siguientes limitaciones a los permisos de emisión y a la transferencia de los bonos de descontaminación:

Limitaciones o restricciones entre fuentes de categoría distinta, en este caso las transacciones no serán en una relación uno a uno, sino en una escala distinta. Por

¹¹¹ Bermúdez Soto, Jorge y otros “Los permisos de emisión transables en la ley nº 19.300 y su consagración en el proyecto de ley de bonos de descontaminación” Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XVI, Julio de 2004, p. 131-145.

¹¹² Bermúdez Soto, Jorge y otros, obra citada.

ejemplo, en el caso del material particulado, se pueden establecer limitaciones entre fuentes fijas y fuentes móviles, así si una fuente fija quiere compensar sacando de circulación vehículos, la escala que se va a utilizar puede ser distinta a que si compensara con otra fuente fija. El propósito de estas limitaciones será prevenir el aumento de otros contaminantes que pudieran ser producto del mismo proceso productivo que genera el contaminante que esta siendo controlado por medio del sistema.

Limitaciones o restricciones en la cantidad o tipo de permisos de emisión que puede utilizar una fuente para respaldar sus emisiones. Lo que se busca con esto es evitar la acumulación de emisiones en un área determinada o el aumento de otros contaminantes que pudieren ser producto del mismo proceso productivo.

Limitaciones o restricciones a las transacciones entre fuentes ubicadas en distintas áreas dentro de una misma zona. En este caso podrá establecerse que no será en una relación uno a uno, sino que en una escala distinta, con el objeto de evitar diferencias de impacto de emisiones en el medio ambiente ¹¹³.

Limitaciones estacionales, diarias y horarias al uso de los cupos de emisión.

Estas limitaciones y restricciones deben señalarse en el decreto que establezca el Sistema, junto a los fundamentos técnicos que las justifiquen, además, deberán individualizarse expresamente y ser inscritas en el Registro de Bonos de Descontaminación, Prohibiciones y Caducidades. Estimamos que además solo pueden ser establecidas atendiendo al propósito u objeto que se establece en cada numeral.

Por otra parte, estas limitaciones y restricciones no generarán obligación alguna al Estado de indemnizar.

El tema de las limitaciones a los permisos de emisión y transferencia de bonos de descontaminación, es uno de los tópicos de mayor complejidad desde la perspectiva constitucional, por lo que será abordado en el Capítulo Cuatro.

3.- De las fuentes nuevas, las participantes voluntarias, los sumideros y los participantes no emisores.

3.1 De las fuentes nuevas:

Para que una fuente nueva entre a un Sistema deberá, previamente, inscribirse en el Registro de Fuentes, Sumideros y Participantes No Emisores. Junto con lo anterior deberá inscribir suficientes bonos de emisión en el Registro respectivo (artículo 23).

3.2 De las fuentes voluntarias y los sumideros:

En el caso de las fuentes voluntarias y de los sumideros para participar en el Sistema requieren un certificado que sus emisiones ¹¹⁴ cumplen los siguientes requisitos:

¹¹³ Aquí se trata de evitar que, en determinadas circunstancias, los contaminantes se concentren en un lugar determinado dentro de un área; por ejemplo en el caso de la Región Metropolitana se podría evitar que toda la actividad contaminante se concentre en la zona sur.

¹¹⁴ Aquí encontramos pareciera existir una contradicción, por cuanto en la propia definición dada por la ley se establece que los sumideros no emiten, sino que atrapan o abaten contaminantes.

Que tengan una línea base temporal de emisiones cuantificables o estimables.

Que sus emisiones, captura o abatimiento, según corresponda, sean medibles o estimables, certificable, monitoreables, y fiscalizables de acuerdo a procedimientos aceptados por la CONAMA.

En el caso de los Sumideros y las Fuentes Voluntarias el abatimiento de los contaminantes debe ser superior a lo que se habría obtenido de la simple aplicación de otros instrumentos o normas¹¹⁵.

La fuente nueva o sumidero que desee ingresar al Sistema deberá presentar una solicitud al Director Regional de la CONAMA acompañando todos los antecedentes exigidos por la ley y reglamento. De cumplirse todos los requisitos recibirá el permiso de emisión o el bono de descontaminación, según corresponda (artículo 25).

3.3 De los participantes no emisores:

Los participantes no emisores para adquirir bonos de descontaminación deberán inscribirse en el Registro de Fuentes, Sumideros y Participantes no emisores, siéndoles aplicables todas las disposiciones de la ley. (Artículo 28)

“Si un participante no emisor compra un bono, la oferta original de su vendedor se mantiene vigente mientras éste participante no emisor no inscriba el bono en el registro de cupos, pero el participante no emisor no tiene necesidad de emitir, por lo mismo, no tiene necesidad de transformar el bono en cupo, probablemente lo ha adquirido para venderlo o bien acumularlo para que otros no emitan. Lo anterior denota la necesidad de corregir la disposición de la oferta irrevocable que denota que la ley está pensando en que necesariamente quien adquiera un bono lo utilizará para emitir, lo que no es efectivo por ejemplo en el caso de los participantes no emisores.”¹¹⁶

4.- Del Mercado de Bonos de Descontaminación:

Las transacciones de bonos de descontaminación podrán efectuarse bajo la modalidad de venta directa, remate, subasta continua, u otra. Sin embargo, el decreto que establezca el Sistema podrá, por razones fundadas, restringirlas a alguna de ellas, ya sea por seguridad, transparencia, liquidez y continuidad de precios (artículo 27).

La transferencia de los bonos de descontaminación se efectuará por el registro¹¹⁷ de la operación en el Registro de Bonos de Descontaminación, Prohibiciones y caducidades.

El reglamento determinara el procedimiento a seguir, el que deberá considerar al menos dos instancias de revisión y un formulario único para vendedor y comprador,

¹¹⁵ Aquí se consagra el principio de la adicionalidad establecido, primeramente en el Protocolo de Kyoto y al cual se hace alusión en el capítulo II.

¹¹⁶ Bermudez Soto, Jorge y otros Los permisos de emisión transables en la ley n° 19.300 y su consagración en el proyecto de ley de bonos de descontaminación. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XVI, Julio de 2004, p. 131-145.

¹¹⁷ Estimamos que aquí debiera decir inscripción, toda vez que esta expresión se condice más con el lenguaje jurídico tradicional, en atención a que en materia civil para que exista una transferencia de bienes inmuebles (que son los sujetos a un sistema registral) debe mediar *inscripción*.

donde se consigne el precio de la transacción. El procedimiento de revisión y registro no podrá durar más de 5 días (artículo 28).

“Nada se dice sobre que sucede si pasados dichos 5 días no se ha pronunciado. Pero debe entenderse, sin remisión expresa, que es aplicable lo dispuesto en la ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo, que contiene normas sobre el silencio administrativo positivo”¹¹⁸.

El artículo 64 de la ley N° 19.880 señala *“Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas.*

Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de 5 días desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.

En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite.”

En consecuencia si la autoridad no se pronuncia, el solicitante puede obtener que se tenga efectuada la inscripción.

5.- Del Registro:

La CONAMA deberá llevar los siguientes registros:

Registro de Fuentes, Sumideros y Participantes no emisores, que deberá incluir un Registro de Firmas y Poderes.

Registro de Permisos de Emisión.

Registro de Bonos de Descontaminación, Prohibiciones y Caducidades.

Registro de Entidades Certificadoras de Emisiones.

Para la inscripción en los Registros los interesados deberán proporcionar a la CONAMA todos los antecedentes exigidos por el decreto que establece el Sistema, de no hacerse así no se asignará el permiso de emisión.

En el Registro de permisos de Emisión se inscribirán los permisos de emisión que se hayan asignado y los bonos de descontaminación que utilicen las fuentes para respaldar sus emisiones.

En el Registro de Bonos de Descontaminación, prohibiciones y caducidades se inscribirán los bonos de descontaminación que se ofrezcan para venta, las transferencias de los bonos y los contratos o actos administrativos o judiciales que graven, restrinjan o limiten el uso o transferencia de los bonos o disponga su caducidad (Artículo 33).

Los registros serán públicos.

Como se desprende del artículo 33, y de las reglas generales, en razón de que el

¹¹⁸ Boletín 3290-12, de 25 de Julio de 2003, Libertad y Desarrollo, pág. 35.

bono de descontaminación se incorpora al patrimonio de su titular, encontrándose bajo su dominio (en los términos que veremos en el capítulo 4) el titular, en ejercicio de su facultad de disposición, podrá celebrar respecto de ellos todos aquellos contratos que la ley no prohíba. No resulta difícil imaginarse un contrato de arriendo, comodato o usufructo, respecto del bono, los que según esta norma deberán inscribirse en el respectivo registro. Sin embargo, no resulta del todo clara la sanción en caso de omisión de la inscripción, la cual estimamos debiera señalarse expresamente, estableciéndose que el acto no produce efectos y resulta inoponible tanto respecto a terceros como a la administración. De lo contrario sería fácil la simulación de actos, lo que acarrearía problemas en la fiscalización.

Creemos necesario una sanción expresa, en atención a que resulta discutible que la expresión “transferencia” que se emplea en el artículo 20¹¹⁹ del proyecto sea comprensiva de todos los actos o contratos que se celebren respecto del bono, por lo que estimamos necesario explicitar al respecto.

6.- De la Certificación de Emisiones y de la Fiscalización

6.1 De las metodologías

Los procedimientos y metodologías para certificar y monitorear emisiones, captura y abatimiento, y acreditar a las entidades certificadoras de emisiones será diseñado por la CONAMA, en coordinación con los servicios competentes. Estos procedimientos y metodologías se establecerán en normas técnicas que serán aprobadas por el Consejo Directivo y estarán contenidas en resoluciones de la dirección ejecutiva.

6.2 De las entidades certificadoras de emisiones:

Las entidades certificadoras de emisiones¹²⁰ serán reguladas por un decreto supremo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. En dicha norma se regulará el establecimiento, funcionamiento y acreditación de dichas entidades.

6.3 De la fiscalización:

La fiscalización de las disposiciones contenidas en la ley es asignada a los organismos del Estado, a quienes se les pide especial énfasis en:

Que las fuentes participantes tengan permisos de emisión suficientes que les permita cubrir el total de sus emisiones reales en el periodo que se monitorea.

Que las entidades certificadoras cumplan con todas las disposiciones de la ley, reglamentos y normas técnicas (artículo 38).

Los órganos del Estado competente podrán requerir de los propietarios o representantes la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

¹¹⁹ Artículo 20: Para que la “transferencia de bonos de descontaminación produzca efectos y sea oponible respecto de terceros, deberá inscribirse en el registro de permisos de emisión y en el de bonos de descontaminación, prohibiciones y caducidades conforme a los procedimientos que señale el reglamento.

¹²⁰ Hay que recordar que, de acuerdo a la definición dada por la ley, las entidades certificadoras son “Laboratorios de medición y análisis de emisiones autorizadas por la autoridad competente y por la CONAMA”.

Se establece la obligación a las fuentes participantes de informar cualquier hecho relevante relativo a la actividad fiscalizada, inmediatamente después de ocurrido éste, o cuando se haya tomado conocimiento del mismo, aún cuando no hubiere mediado requerimiento del organismo correspondiente. Si así no se hiciere o la información fuera falsa, incompleta o manifiestamente errónea, la fuente será sancionada.

El proyecto no señala cuales van a ser los órganos competentes para realizar la fiscalización, estimamos que para otorgar una mayor seguridad jurídica a los participantes del sistema, así como para evitar duplicidad de funciones en los órganos de la administración, se debería señalar expresamente los órganos con competencia fiscalizadora, tanto desde una perspectiva de cumplimiento de la normativa ambiental, como del adecuado desarrollo del mercado (señalar quien fiscaliza las transacciones, el no uso de información privilegiada, en fin una serie de tópicos.)

7.- De las sanciones:

El artículo 40 contempla las sanciones en caso de infracciones a la ley, señalándonos, “Los organismos de la administración del Estado, según sus procedimientos y competencias, podrán aplicar una o más de las siguientes sanciones, sin perjuicio de aquellas que pudieren corresponder de acuerdo a la legislación vigente. Estas pueden ser (se puede aplicar una o más):

Amonestación.

Multa.

Suspensión del uso del cupo de emisión respecto del cual se cometió la infracción.

Prohibición, temporal o permanente, de participar en el Sistema.

Caducidad total o parcial de los cupos de emisión y bonos de descontaminación.

Prohibición de funcionamiento o clausura de la fuente.

Cancelación de la inscripción correspondiente de alguno de los Registros.

Para la aplicación de las sanciones por parte del organismo del Estado competente, este *deberá* considerar ciertos criterios:

La gravedad de la infracción, teniendo en cuenta los niveles que hayan sido excedidas las emisiones autorizadas y el valor en el periodo del bono de descontaminación.

La reincidencia.

La capacidad económica del infractor.

La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

Los permisos de emisión y los bonos de descontaminación caducados no podrán ser reasignados por la autoridad (artículo 45).

Las personas que infrinjan la ley, el reglamento o los decretos que establezcan el sistema, ocasionando daño, estarán sujetas a responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas que correspondan.

Los administradores y representantes legales responderán por las personas jurídicas, a menos que constare la falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de la infracción.

Los directores y gerentes que resulten responsables responderán solidariamente entre si y con la persona jurídica que representen de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles y pecuniarias.

En el número 2 del título VII se establecen las sanciones a las que se pueden ver expuestas las partes si cometen alguna de las infracciones que se describen en los artículos 48 y siguientes.

Así tenemos que serán sancionadas con la suspensión del cupo de emisión respecto del cual se cometió la infracción, por un periodo que va entre 5 y 180 días, las fuentes cuyas emisiones reales sean superior el cupo de emisión que posean.

Con la misma pena se castiga a las fuentes que infrinjan alguna de las limitaciones al uso de los cupos de emisión y transferencia de bonos de descontaminación que señala la presente ley.

Se señala que la falsificación y utilización fraudulenta, sea por medios físicos o electrónicos ¹²¹, de cupos de emisión o bonos de descontaminación constituirá falsificación de instrumento público para todos los efectos legales

Se sanciona 5 a 180 días a las fuentes que no cumplan con las exigencias de monitoreo (no instalación de los sistemas, que no estén operativos, que sean operados inadecuadamente o registren la información requerida).

A las entidades certificadoras que emitan informaciones o declaraciones falsas o dolosas que induzcan a error a la autoridad, a las fuentes participantes, a los participantes no emisores o a terceros que hayan sido perjudicados con dicha información, serán sancionadas con una multa entre 100 y 2000 UTM y con la cancelación de su acreditación (artículo 52).

La misma sanción tendrán las entidades certificadoras que sus mediciones no se ajusten a las normas técnicas establecidas por la CONAMA, y las que realizaren mediciones y análisis habiendo perdido su acreditación (artículo 53).

Se sanciona con multa entre 100 y 250 UTM la negativa a que se realicen inspecciones por parte de los servicios fiscalizadores o si se interfirieren las funciones de fiscalización.

El tema de las sanciones merece ciertos reparos, que justifican que nos detengamos en él. Sin embargo y en atención a que posee implicancias constitucionales será tratado en profundidad en el capítulo 4.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que la manera como se encuentran reguladas las sanciones es insuficiente y otorga un grado excesivo de discrecionalidad a la administración. En efecto, sanciones gravísimas, que colisionan con garantías constitucionales, como es el caso de la prohibición de funcionamiento o clausura de la

¹²¹ Estimamos que sería mejor callar en esta parte en la descripción del soporte de la falsificación.

fuente, no señalan expresamente la conducta objetiva requerida para su aplicación.

Consideramos además, que resulta conveniente que el proyecto de ley establezca de manera expresa plazos de prescripción de la responsabilidad administrativa que se sigue de los ilícitos contemplados en el proyecto. De no ser así se configurará un estado de incertidumbre. A falta de norma expresa, ¿Deberá aplicarse el plazo de seis meses de prescripción que señala el Código Penal para las faltas? Esto en atención a que las sanciones administrativas al igual que las penales son manifestaciones del “ius puniendi” estatal, debiendo asimilarse a las de menor gravedad como son las faltas. O por el contrario deben prescribir según las reglas generales del derecho Civil o simplemente no prescriben.

Por otra parte, no se señala de manera específica que organismo del Estado va aplicar las sanciones ni el procedimiento que se va a seguir para determinar las responsabilidades, por cuanto, por ejemplo, una cosa es que un organismo determine que un participante emisor sobrepasó sus permisos de emisión y por lo mismo le aplique las sanciones que su propia normativa contemple,¹²² ¿pero que sucede con las sanciones que esta ley establece? ¿Son adicionales a las normativas particulares o se excluyen?, ¿si son aplicables las dos sanciones, que pasa con el *non bis idem*, toda vez que estamos en presencia de una manifestación del *ius puniendi estatal*?, por otra parte, si a organismos del estado se les está otorgando nuevas atribuciones ¿no será necesario agregar a sus normas orgánicas estas nuevas atribuciones? Porque una cosa es que la ley contemple que ciertos órganos determinarán las sanciones, pero otra es que tengan las atribuciones para ello. Sabido es que los Órganos del Estado sólo actúan válidamente dentro de su competencia, en consecuencia, sino hay una norma que les asigne competencia, sus actuaciones son nulas, no habiendo en el presente proyecto de ley asignación de atribuciones sancionatorias.

8.- De las Reclamaciones:

Los decretos que establecen los Sistemas y de las resoluciones del Director Ejecutivo podrán ser reclamadas ante el Consejo Directivo. Las resoluciones de los Directores Regionales pueden ser reclamadas ante el Director Ejecutivo.

El reclamo puede ser presentado por cualquier persona interesada que sufra algún perjuicio dentro del plazo de 30 días, contados desde la publicación del decreto en el Diario Oficial. El reclamo no suspende los efectos del acto impugnado.

El Consejo Directivo o el Director Ejecutivo tiene el plazo de 60 días, contados desde su interposición, para resolver mediante resolución fundada

Si la autoridad no se pronuncia estimamos que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 65¹²³ de la ley sobre procedimiento administrativo, que contiene normas sobre el silencio administrativo negativo. En consecuencia de no resolverse por el Consejo Directivo o el Director Ejecutivo en el plazo de 60 días que señala el proyecto, se entenderá rechazada la solicitud. El interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro de plazo legal. El certificado se otorgará sin más

¹²² Por ejemplo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios en el caso de residuos industriales líquidos (riles) puede establecer multas en caso que se supere las normas de emisión (D.S. 90/2000).

trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan.

De lo resuelto o desde la fecha de expedición del certificado de que habla el párrafo anterior se puede reclamar ante el Juez de Letra en lo Civil dentro de 30 días, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 60 y siguientes de la Ley de Bases del Medio Ambiente.

9.- Del Financiamiento del Sistema:

El artículo 55 establece que un decreto supremo fijará las tasas que se cobrarán por:
Procedimiento de asignación de permisos de emisión.

Creación y mantención de cuentas de cupos, cuando se haga uso del ahorro intertemporal.

Bases de licitaciones.

Inscripción en los Registros a que se refiere la ley.

Como se desprende de este artículo se cobrará una tasa por el procedimiento de asignación de los permisos de emisión, lo que entra en contradicción con la gratuidad para la asignación de permisos de emisión establecida en el artículo 12 del proyecto.

10.- Título Final:

La entrada en vigencia de la ley, de su reglamento y de los decretos que establezcan el Sistema, no eximirá a las fuentes sujetas a ellos al cumplimiento de las demás obligaciones de carácter ambiental. Tampoco las exime del cumplimiento de las normas sobre libre competencia. (Artículo 56)

De este artículo se desprende con claridad el carácter complementario del sistema, en donde conviven paralelamente ambos sistemas, SPET e instrumentos de comando y control.

Esta estrategia ha sido utilizada en USA a propósito de la contaminación por óxido de azufre, en donde se aplican dos regulaciones simultáneamente, la de calidad del aire local y la del programa de asignaciones de azufre. Todas las transacciones tiene que cumplir ambas regulaciones.

*“De esta manera las transacciones no están restringidas por consideraciones espaciales (transacciones nacionales son posibles), pero el uso de las asignaciones adquiridas esta sujeto a regulaciones locales que protegen la salud de las personas a través de estándares ambientales.”*¹²⁴ Esta regulación protege contra los “hot spot”¹²⁵ de emisiones

¹²³ **Artículo 65.** Silencio Negativo. Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, **cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos** o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política. En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro de plazo legal. El certificado se otorgará sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan.

Para los efectos de la ley todos los plazos establecidos en ella son de días hábiles. (Artículo 57)

Las notificaciones que deban practicarse por carta certificada serán dirigidas al domicilio que registre la fuente en los registros establecidos en la presente ley. En estos casos, los plazos empezarán a correr después de tres días de haber sido recepcionadas por la empresa de correos, dichas notificaciones. (Artículo 58)

La experiencia de quienes han tramitado en tribunales de menores y en Juzgados de Policía Local parece indicar que este sistema no resulta del todo fiable, no resulta extraño que la notificación llegue a su destinatario después de realizado el acto que quería notificar, por lo que sería positivo modificar o reemplazar este sistema por otro que entregue mayor seguridad a la notificación.

El reglamento de la ley contendrá, además de lo ya señalado, lo siguiente:

Procedimientos de inscripción y registro de fuentes existentes, nuevas, voluntarias, sumideros y participantes no emisores; cupos; bonos, y entidades certificadoras de emisiones.

Procedimiento de certificación y autorización de ahorro intertemporal.

Mecanismos de información del pago de multas y ejecución.

Procedimiento de reclamo.

Características, requisitos y condiciones del remate, y demás modalidades de venta de los bonos.

Características, requisitos y condiciones de licitaciones que se autorizan en la ley. (Artículo 59)

Parece sensato introducir, como lo hace la Directiva Europea 2003/87/CE del parlamento europeo, alguna norma que regule lo que acontece en casos de fuerza mayor.

La norma europea en su artículo 31 señala: *“Los estados miembros podrán solicitar a la comisión que se le asignen derechos de emisión adicionales a determinadas instalaciones en caso de fuerza mayor.”*

La Comisión determinará si esta demostrada la fuerza mayor, en cuyo caso autorizará la expedición de derechos adicionales e intransferibles por parte del Estado miembro a los titulares de dichas instalaciones.”

Estimamos que la ley debiera regular este tema y otorgar los parámetros de lo que

¹²⁴ Tietenberg, Tom, “The tradable Permits Approach to Protecting the Commons: What Have We Learned? www.colby.edu/personal/thtieten/ pág 14, traducción libre.

¹²⁵ Se entiende por “hot spot”, un lugar donde existe una fuerte concentración de contaminantes. Pueden producirse, por ejemplo, por una concentración de industrias o por una mega fuente en una zona geográfica determinada. En el caso del Spet, si no se aplicara complementariamente la normativa existente, podría ocurrir que una industria acumulara muchos permisos que respalden sus emisiones, con lo que se pondría en riesgo la salud de los habitantes de esa zona geográfica en particular, pese a que a nivel de cuenca se este en estado de cumplimiento de las normas de calidad

debemos entender por fuerza mayor, toda vez que si se calla en este sentido, se recurrirá a la definición dada por el Código Civil y por la doctrina del derecho privado a este respecto, pudiéndose llegar a conclusiones ajenas al derecho administrativo, como es el caso.

Capítulo 4. Análisis del proyecto de ley de Permisos de Emisión Transables desde una perspectiva Constitucional

4.1.- Introducción:

En el presente capítulo analizaremos el proyecto de ley de los SPET desde una perspectiva constitucional para lo cual dividiremos el capítulo en dos partes.

La primera aborda someramente uno de los principios rectores del actuar de la administración, como es el principio de legalidad.

La segunda examina los derechos constitucionales que dicen relación con la dictación de un SPET. Identificados estos, revisaremos brevemente los antecedentes generales de cada uno de ellos, para luego establecer si el proyecto de ley en estudio, esta acorde con la carta fundamental o si por el contrario la vulnera de alguna manera.

4.2.- Primacía constitucional en el Derecho Chileno:

Conforme lo disponen los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la Republica (en adelante CPR), en Chile rige el denominado Estado de Derecho o Principio de la Legalidad. Esto significa que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo deben someter su acción a la CPR y a las leyes dictadas conforme a ella. Pero no solo eso, los órganos del Estado solo actúan validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que la ley prescribe, nadie puede atribuirse más derechos o autoridad que la CPR o las leyes le otorgan. La sanción para la contravención de lo recién expuesto es la Nulidad de Derecho Público.

La doctrina ha señalado que el principio de legalidad importa el sometimiento de los poderes públicos a la ley, pero no solo a ley formal, sino también al ordenamiento jurídico.

¹²⁶

Teniendo presente este contexto, y especialmente la sujeción de todo el ordenamiento a la CPR, podemos entrar a analizar el proyecto de ley desde la perspectiva de la Constitución.

4.3.- Análisis de normas constitucionales relacionadas con el proyecto de ley de Permisos de Emisión Transables:

Las normas constitucionales relacionadas con el proyecto de ley de bonos de descontaminación, no son otras, que las que reflejan el constante conflicto y tensión

¹²⁶ Cordero Vega, Luis, “Justificación de la Intervención Administrativa en el Medio Ambiente”; Primeras Jornadas Ambientales de Derecho Ambiental, CONAMA y Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile, Junio de 2003. Según Cordero Vega (quien a su vez cita a Santamaría Pastor) este principio puede resumirse en dos postulados: “La Administración debe respetar las leyes emanadas del Parlamento, pero también todas las restantes normas que integran el sistema normativo; y, enseguida, la plena juricidad de la acción administrativa, que significa que el Estado de Derecho es un parámetro constante de toda la actuación administrativa, toda la actividad de la administración debe realizarse teniendo presentes las normas integrantes del ordenamiento jurídico” Para que la administración ejerza competencias ablativas o limitativas de derechos, debe disponer de una previa habilitación legal para realizar lícitamente cualquier tipo de actividad. En efecto, la existencia de un apoderamiento legal no puede ofrecer duda razonable: en un sistema político que se califica a sí mismo como Estado de Derecho, la libertad de los ciudadanos no puede ser limitada por la Administración si previamente no ha sido autorizada por la ley. En defecto de la ley, por lo tanto, ni la administración puede dictar reglamentos que limiten de cualquier modo la esfera de libertad de los particulares, ni tampoco adoptar decisiones singulares o acciones materiales que posea el mismo efecto. La actuación en materia ambiental de la Administración se encuentra sometida en esta doble dimensión”

existente entre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y aquellas garantías constitucionales vinculadas a la protección de la actividad económica, esto, en atención a que la primera garantía enunciada opera muchas veces como límite de las segundas.

Así tenemos que, a nuestro juicio, los preceptos constitucionales relacionados con una ley de SPET son:

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8).

La libertad para el ejercicio de cualquier actividad económica (19 N° 21).

La igualdad ante la ley (19 N° 2) y el derecho a no ser discriminado arbitrariamente por el Estado en materia económica (19 N° 22).

La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (19 N° 23).

El derecho de propiedad. (19 N° 24)

La seguridad que los derechos consagrados en la CPR no serán afectados en su esencia, ni se le impondrán condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (19 N° 26).

Además, y dado que el proyecto establece sanciones, se puede ver involucrada la garantía del debido proceso y ciertas garantías penales establecidas en el 19 N° 3 de la Constitución.

4.3.1.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación:

El artículo 19 N° 8 dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas:

8° El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Este derecho se encuentra dentro de los “Derechos del Desarrollo de las Personas en el Medio Social” de acuerdo a la clasificación dada por la doctrina¹²⁷, señalándose que son “(...) ciertas garantías constitucionales que buscan afianzar el proceso normal de vida y desarrollo del hombre en la comunidad civil, existiendo y coexistiendo con otros en un ambiente de equilibrio ecológico, con la salud protegida, con los riesgos del trabajo y de la edad cubiertos adecuadamente, pudiendo educarse, trabajar, reunirse, asociarse y sindicarse para enfrentar las diversas situaciones que plantea la vida social”¹²⁸.

¹²⁷ Evans de la Cuadra, Enrique; “Los Derechos Constitucionales”, t. II, p. 151, Editorial Jurídica de Chile 1986

¹²⁸ Evans de la Cuadra, op. cit. P. 153

Este derecho tiene, a su vez, como fundamento último, la protección del derecho a la vida y salud de las personas, constituyendo una de las formas de implementarlos ¹²⁹

Respecto de la naturaleza jurídica del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, tradicionalmente se sostiene que es un derecho mixto, por cuanto participa de las características de un derecho individual y social.

Individual, por una parte, por cuanto otorga a su titular el derecho a exigir a los demás que se abstengan de contaminar y social, por otra, toda vez que le impone al Estado el deber de adoptar gestiones positivas que miren a descontaminar el ambiente.

La jurisprudencia ¹³⁰ ha ido más allá, sosteniendo que constituye un derecho colectivo público que está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia

¹²⁹ En este sentido, Lavín, Julio “Garantías Constitucionales y Regulación Ambiental. Aspectos Jurídicos de la Gestión Ambientalmente adecuada de Residuos”, Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental, CEPAL / Fundación Friedrich Ebert. Lavín señala que con este derecho se pretende “asegurar a las personas la posibilidad de vivir y desenvolverse en un ambiente limpio y saludable, aunque no puede ser concebido en términos absolutos, esto es exento de toda contaminación; según se infiere de la historia fidedigna del establecimiento de la norma debe, en todo caso, impedir que los niveles de contaminación, que son inevitables, puedan llegar a comprometer la salud o vida de las personas” También se ha señalado por Bórquez (Bórquez Yungue, José Manuel, “Introducción al Derecho Ambiental Chileno y Comparado”; Editorial Jurídica de Chile, 1993) , que con este derecho se le ha dado a la población nacional la posibilidad de “vivir en un entorno que esté libre de aquellos elementos que perturban el desarrollo de la vida. En este sentido, esta protección constitucional se relaciona con la garantía constitucional del N° 1 que protege el derecho a la vida. En efecto, de la misma forma como el constituyente ha decidido otorgar su máxima protección al derecho a desarrollar la vida libre de perturbaciones que la puedan embarazar. Esto, por cuanto pregunta que surge es ¿de qué sirve el derecho a la vida si no existe una manera de garantizar que esa vida se va a desarrollar sin perturbaciones ni amenazas, sin molestias que transformen el derecho a la vida en letra muerta constitucional? En este sentido, la protección constitucional del N° 8 de la Carta Fundamental no es sino una de las formas que el constituyente ha elegido para implementar el derecho a la vida”

¹³⁰ Extraído del fallo caso Trillium, que en su considerando 13 expresa “ 13°) *Que, por último, respecto de la supuesta falta de legitimación activa de los recurrentes para interponer este recurso, alegada por los recurridos y la Empresa Forestal Trillium, cabe señalar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público. El primer aspecto se caracteriza porque su ejercicio corresponde, como lo señala el artículo 19 de la Constitución Política a todas las personas, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual”*

como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras.

El precepto constitucional en estudio tiene varios elementos que es conveniente analizar, nos detendremos en aquellos aspectos más problemáticos.

Primeramente, y como idea central, asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

La Constitución no nos otorga un concepto de lo que debemos entender por Medio Ambiente, así como tampoco de lo que debemos entender por Contaminación, siendo esta situación salvada por la Ley de Bases del Medio Ambiente, donde, en su artículo 2, se dan dichas definiciones.

Así tenemos que Medio Ambiente es según la Ley 19.300 un *“Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige o condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*, y contaminación *“La presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energías o contaminación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda en la legislación vigentes”*.

Sin embargo, el concepto de contaminación no es pacífico en doctrina.

Para algunos, ya que la ley define estas expresiones, y esta obliga al intérprete, se deben adoptar los significados que la ley 19.300 establece.

En este sentido del Favero *“(…) la ley obliga al intérprete de la norma, que puede ser el juez, una persona jurídica o natural o la autoridad administrativa, a adoptar el significado que la propia ley da para el concepto pertinente. Esto tiene consecuencias en la manera de entender las obligaciones y responsabilidades jurídicas, es decir, en cuanto a cuáles son las conductas que el legislador espera de los sujetos normados”*¹³¹

En consecuencia, mediante esta interpretación se busca otorgarle un contenido normativo al concepto de contaminación, en donde en ausencia de norma que regule el contaminante, no debe entenderse que existe contaminación.

Otros, como Javier Vergara sostienen que una interpretación como la anterior resulta discutible desde la óptica de la protección efectiva de las personas. La ausencia de norma solo nos señala que la sociedad no ha definido que resulta importante normarlo, pero no le quita la característica de ensuciar o producir daño al medio ambiente.

La norma del artículo 2 letra c) de la ley 19.300 debe entenderse solo respecto de aquellos elementos que se encuentran normados y no de aquellos que no lo están.

“Cuando existe un contaminante normado, sea en calidad o emisión, el concepto de contaminación parece indefectiblemente asociado a dicha norma y por en de los tribunales o cualquier órgano de la administración al constatar una situación que importe

¹³¹ Del Favero, Gabriel. *“Ley de Bases Generales del Medio Ambiente”*, Revista del Centro de Estudios Públicos, número 54, pp. 4 - 5, Otoño 1994, p.9

la presencia de en el ambiente de ese elemento, deberá remitirse a la norma definida para estimar si existe o no una infracción a la garantía del 19 n° 8.

Pero, a su vez, otros elementos que no están normados pueden ser estimados como contaminantes por los tribunales, y por lo tanto su presencia en el ambiente puede afectar la garantía constitucional, y pueden ser los tribunales o la administración los llamados a definirlo.”¹³²

En segundo lugar, se impone al Estado el deber de tutelar la preservación de la naturaleza y velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado.

Y finalmente, se autoriza a la ley para que contenga restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades:

Esta facultad del legislador presenta las siguientes problemáticas.

a) ¿Cuales son los derechos o libertades que se pueden restringir, en aras de vivir en un ambiente libre de contaminación?

La respuesta no es unívoca y la doctrina se divide.

Hay quienes ¹³³ sostienen que se pueden restringir solo aquellos derechos que dicen relación con el desarrollo de actividades que pueden contaminar.

En contraposición, otros ¹³⁴ sostienen que se pueden restringir todos aquellos derechos, que sea necesario, para proteger el medio ambiente.

b) De la lectura del precepto queda claro que si se quiere limitar un derecho o

¹³² Vergara, Fisher, Javier, **Congreso Internacional de Derecho del Medio Ambiente**, pág 537. El autor fundamenta sus conclusiones a través de una interpretación sistemática de la ley 19.300, “*la cual en sus artículos 11 letra a, 16 inciso final, 24 y 25, permite a la autoridad , que cuando estima que pueda existir descarga al ambiente de contaminantes que causen riesgo a la salud, en algún proyecto de inversión, respecto del cual no exista norma en nuestro ordenamiento es perfectamente posible establecer a su respecto limitaciones o restricciones a su funcionamiento, las cuales se expresarán en condiciones a su operación, o medidas de mitigación a sus impactos. Por otra parte, la propia ley N° 19.300 en la letra d) al definir contaminación entrega un concepto que no esta vinculado a la posibilidad de estar o no regulado por una norma, sino que lo define en virtud de su potencialidad de constituir o no un riesgo para la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.*”

¹³³ Lavín, op. cit. p. 85 “*(...) no pueden serlo cualquiera de los reconocidos por la Constitución, sino solo algunos de ellos. Se trata, concretamente de aquellos que dicen directa relación con el desarrollo de actividades que pueden contaminar, por lo que interpretando con un sentido restrictivo, debe tratarse del derecho de propiedad (N° 24 del artículo 19), de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (N° 23 del artículo 19) y del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (N° 21 del artículo 19). A ellos podrían agregarse, según se deduce de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, la libertad de locomoción, especialmente, la circulación de personas (N° 7 del artículo 19), el derecho de reunión (N° 13 del artículo 19) libertad de trabajo (N° 16 del artículo 19).*”.

¹³⁴ Fernández Bitterlich, Pedro; “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, p. 73 y 74; Editorial Jurídica de Chile, 2001.“*(...) los derechos o libertades restringidos no sólo son algunos, sino que pueden ser todos aquellos necesarios para proteger el medio ambiente*”.

libertad en aras de la protección del medio ambiente, estas limitaciones o restricciones deben ser *específicas y establecidas por la ley*, siendo absolutamente contrario a la Constitución limitaciones generales.

Además, la restricción no puede alterar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (artículo 19 N° 26 de la Constitución), salvo que se indemnice.

Sin embargo, posteriormente deberá intervenir el Ejecutivo, a través de la potestad reglamentaria, para ejecutar la ley, es ahí donde, donde surge el siguiente problema, que según Fernandois constituye el tópico de mayor tensión constitucional del nuevo siglo, “definir cual es el adecuado ámbito de actuación de la potestad reglamentaria en relación con los derechos fundamentales y simultáneamente determinar cual es una indebida intromisión de la misma en los terrenos legislativos”¹³⁵

El problema surge de las contradicciones existentes entre los artículos 32 N° 8 y 60 de la CPE.

En doctrina se pueden apreciar dos posiciones, la reserva legal absoluta y la reserva legal relativa.

La primera posición opina en favor de una exclusión completa del administrador a la hora de regular o complementar las garantías constitucionales, sin posibilidad de remisión a la potestad reglamentaria.

Esta postura es sostenida por Eduardo Soto K, Luz Bulnes, Arturo Fernandois, entre otros.

En materia ambiental Lavín Váldez¹³⁶, sostiene “Las limitaciones deben no solo ser enunciadas por el precepto legal, sino reguladas en forma precisa y completa, en términos que la autoridad administrativa sólo debe aplicar dicho precepto y fiscalizar el cumplimiento de las restricciones o limitaciones”

Lo anterior nos lleva a preguntarnos, hasta donde llega el concepto de aplicación. Cuestión no resuelta.

La segunda posición sostiene “que a partir de la generalidad y abstracción de la ley y por consiguiente, de su imposibilidad para regular todos los aspectos de las limitaciones, permite que ella sólo contenga los aspectos básicos y fundamentales de la normativa, pudiendo, a través de la potestad reglamentaria de ejecución, complementarse y completarse el texto legal.”¹³⁷

Esta posición es seguida por José Luis Cea, Carlos Carmona, entre otros.

El tribunal Constitucional, tal como la doctrina, ha sido ambivalente¹³⁸.

¹³⁵ Fernandois, Arturo, Derecho Constitucional Económico, Ediciones Universidad Católica, 2001 pág 127.

¹³⁶ Lavín Váldez, Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente, en XXV, Revista Chilena de Derecho, N°1, 1998, p 183.

¹³⁷ Tallar Fernando, pág. 258, “Segundas jornadas nacionales de derecho ambiental”

Fallando en ambos sentidos. Incliniéndose en una primera etapa por una reserva legal absoluta y luego modificando su postura a una reserva legal relativa.

Ahora bien, cabe preguntarse si el proyecto de ley de bonos de descontaminación, que contempla una serie de delegaciones de facultades en la autoridad administrativa da o no cumplimiento al principio de reserva legal. Dependiendo de la respuesta se podrá determinar si el proyecto resulta constitucional o no, al menos desde una perspectiva formal

En otras palabras, si el proyecto de ley cumple o no con los requisitos de determinación y especificidad necesarios para restringir determinados derechos o libertades.

Sobre el particular, el proyecto, contempla entre otras, las siguientes remisiones a la potestad reglamentaria de ejecución:

Artículo 11 (que pasó a ser 9), señala que se asignarán los permisos de emisión a las fuentes existentes *de acuerdo a las estipulaciones del respectivo decreto que regule el sistema;*

Artículo 14 y siguientes (que pasó a ser 12 y siguientes), los cuales establecen la manera de efectuar la asignación inicial de los permisos de emisión, señalando que se asignaran “mediante resolución fundada del Director ejecutivo de la CONAMA”;

Artículo 23 (que pasó a ser 21) establece que las limitaciones y restricciones al uso de cupos de emisión y transferencia de permisos de descontaminación, podrán establecerse en el decreto que instaura el sistema.

Opinamos, que es el propio proyecto de ley quien establece las restricciones al dominio o a la libertad para el desarrollo de cualquier actividad económica.

En efecto, determina la existencia de los permisos de emisión, otorgando a su vez, pautas o criterios para que se efectúe la asignación inicial, ya sea a través de un criterio histórico o de emisión de referencia.

También, es el mismo proyecto, el que establece las restricciones y limitaciones específicas a las que se puede someter el uso del permiso.

En la practica se esta adoptando el mismo criterio que en la ley 19.300, en donde esta habilita a la administración para dictar mediante Decreto Supremo las normas de emisión y calidad ambiental.

Estimamos que en el caso en análisis, es la norma legal la que determina los límites a las diversas garantías constitucionales en aras de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, respetando lo establecido en el inciso segundo del artículo 19 N° 8 de la CPE, esto es, cumpliendo las restricciones a determinados derechos, con los requisitos de especificidad y de estar establecidas por ley.

En consecuencia, los posteriores decretos supremos y resoluciones necesarios para que el sistema funcione, no harán otra cosa que usar la facultad que la propia ley le ha concedido a la autoridad administrativa para reglamentar diversos temas respecto de los cuales ya se había pronunciado (estableciendo ciertos limites o restricciones a determinados derechos.)

En otras palabras, dichos actos administrativos, tienen que limitarse a desarrollar, complementar o pormenorizar los preceptos legales, haciendo posible la ejecución de la ley, regulando cuestiones de detalle, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de las cuales la generalidad y abstracción de la ley impiden o vuelven difícil a ésta regular. Con la dictación de estos actos administrativos, se está dando cumplimiento al propio llamado que la ley hace, así como a la facultad que se le otorga al Presidente de la Republica en el artículo 32 N° 8 de la CPE.

De otro modo la ley resultaría inaplicable ¿Cómo podría ser posible que la ley determinara cual es el cupo de emisión de cada fuente en particular?

En todo caso, la ley y la potestad reglamentaria de ejecución deberán conformar un todo jurídicamente armónico, es decir, jamás podrá crear nuevas limitaciones o restricciones independientes del texto legal, en el evento de que esto acontezca, el decreto podrá ser objetado por el Tribunal Constitucional, según lo establece el artículo 82 N° 5 de la Carta Fundante, o bien, se podrá solicitar a la justicia ordinaria que declare su nulidad por contravenir los artículos 6 y 7 de la Constitución, todo ello sin perjuicio del recurso de protección que pueda hacer valer el afectado.

Como conclusión respecto de este derecho constitucional, podemos señalar que el proyecto de ley en cuanto a su espíritu, es acorde con la Carta Fundamental, en cuanto busca disminuir, al menor costo posible, la contaminación en zonas saturadas o de latencia.

Además, creemos en atención a lo anteriormente señalado, que da cumplimiento al “principio de reserva legal,” por lo que no adolece de vicio de constitucionalidad al respecto.

El proyecto de ley de SPET, establece limitaciones y restricciones a diferentes garantías consagradas en la CPE, sin embargo, el sustento jurídico en que se apoya y que lo habilita a actuar no es otro que el artículo 19 N° 8 inciso 2, que venimos estudiando.

A continuación analizaremos algunas garantías fundamentales que podrían verse restringidas o limitadas con el proyecto de ley en estudio.

4.3.2.- La libertad para el ejercicio de cualquier actividad económica:

El artículo 19 N° 21 en su inciso primero dispone:

“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”.

Este artículo, junto con el 19 N° 22 y varios otros preceptos, configuran el denominado “Orden Público Económico”, el cual ha sido definido como *“El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la carta fundamental”*¹³⁹

El objetivo del Orden Público Económico es *“el desarrollo de la comunidad nacional,*

*su bienestar con seguridad a la vez que la justicia individual, protectiva y social”*¹⁴⁰ .

Según Cea la realización práctica de estos objetivos variará según la concepción ideológica que se tenga (desde el socialismo al liberalismo). En el caso de nuestra Constitución, se acoge el de una economía social de mercado, que significa que la intervención de la autoridad se legitima *“para eliminar los efectos disfuncionales que el mercado genera, armonizando éste en cuanto supuesto básico del desarrollo general con el equilibrio y progreso social, a través de la distribución y redistribución de los ingresos, nivelación de patrimonios y cargas, pleno empleo y otras políticas análogas”*¹⁴¹ .

En el caso que motiva nuestro análisis, la contaminación, en tanto externalidad negativa de los procesos productivos, si no es internalizada, es un elemento disfuncional del libre mercado, que impide que se logren, de manera equitativa, los objetivos del Orden Público Económico.

En consecuencia, cada vez que se dicte una normativa, tendrá que tenerse en cuenta que sea concordante con los principios, en este caso, económicos de la Constitución, lo que creemos se cumple con el proyecto de ley de SPET, toda vez que se está eliminando una distorsión del mercado al menor costo posible.

Existe una amplia gama de instrumentos de gestión ambiental, concordantes con los principios económicos de la Constitución, pero sin duda el SPET es uno de los más coherentes con un sistema de mercado.

Ahora bien, lo que ampara esta garantía (y el orden público económico) es la realización de actividades económicas lícitas, entendiéndose por tales las que se someten a la legislación vigente. Según Evans, las personas que ejerzan una actividad económica tienen que someterse a las leyes que la regulan, entendiéndose que regular es someterla al imperio de una reglamentación que indique como puede desarrollarse; *“pero en caso alguno, bajo pretexto de “regular” un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar hasta obstaculizar o impedir, a través de facultades excesivas a organismos fiscalizadores, por ejemplo, la ejecución de actos lícitos amparados por ésta garantía constitucional o crear las condiciones para que, de hecho, sea el Estado o la autoridad pública la que termine asumiendo el ejercicio de actividades que, legítimamente pueden desarrollar los particulares”*¹⁴² .

El mismo autor sostiene que la obligación de no atentar en contra de esta garantía no solo se extiende al legislador, al Estado y a toda otra autoridad, sino también a los particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional.

Sobre el contenido de esta libertad se ha dicho que es *“vasto e indefinido”*¹⁴³ ,

¹³⁹ Cea Egaña, José Luis, citado por Verdugo, Pfeffer y Nogueira en *“Derecho Constitucional”*, p. 290, t. I; Editorial Jurídica de Chile, 1994.

¹⁴⁰ Cea Egaña, José Luis *“Tratado de la Constitución de 1980”*, p. 163, Editorial Jurídica de Chile 1988.

¹⁴¹ Cea, op. cit. p. 165

¹⁴² Evans, op. cit p. 319, t. II

señalándose que la jurisprudencia ha definido un ámbito amplio de actuación económica de los particulares, *“a quienes ha reconocido una autonomía vasta para determinarse en la forma, contenidos y medios de su actividad con independencia de otros agentes”*¹⁴⁴, pudiendo afirmarse que *“el contenido de la actividad económica amparada no es reglado, predeterminado o predefinido por agente alguno: el particular y su creatividad podrán dar lugar a actividades económicas no conocidas hasta ese momento, y que no por ello dejan de estar amparadas por el N° 21 del artículo 19.”*¹⁴⁵

Esta garantía tiene las limitaciones establecidas en el inciso primero, esto es, no atender en contra de la moral, el orden público o la seguridad nacional y respetar las normas que la regulan.

Quisiéramos detenernos aquí un momento, por cuanto una ley de SPET necesariamente *regula* el ejercicio de una actividad económica (como son aquellos procesos productivos que requieren la emisión de sustancias contaminantes a la atmósfera, cursos de agua, etc.), pero esta *regulación* no puede limitar la actividad económica hasta el extremo de hacerla irreconocible o de gravarla de tal forma que sea imposible su ejercicio.

La Constitución autoriza al legislador para *regular* garantías constitucionales, *“para limitarlas o restringirlas” en determinados casos y, en general, para “complementarlas” o desarrollarlas mediante leyes orgánicas constitucionales en este último caso. Las fuentes de esta clasificación emanan del mismo número 26 del artículo 19, que habla de “regulen o complementen”, “... o que las limiten en el caso que ella (la constitución) lo autoriza...”, del inciso primero del N° 21 y del inciso segundo del N° 8 del mismo artículo”*.¹⁴⁶

Ahora bien, *“el legislador sólo tiene facultades para determinar el “cómo” se ejerce el derecho a desarrollar actividades económicas, por lo que debe cuidar la extensión e intensidad de su regulación para no dar origen a un precepto inconstitucional que afecte la esencia del derecho.*

No obstante surge la interrogante: ¿puede el legislador, en algunos casos, llegar más allá de la mera regulación, y “restringir” o “limitar” garantías constitucionales?

*Cuando la propia Carta lo autoriza, sí puede hacerlo. Es el caso, por ejemplo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en la norma del inciso segundo del N° 8 del artículo 19.”*¹⁴⁷

Queremos dejar claro que quien, conforme lo expuesto puede limitar o restringir la actividad económica es el legislador¹⁴⁸, surgiendo la duda si la administración puede

¹⁴³ Fermaidos Vöhringer, Arturo, *“Derecho Constitucional Económico”*, p. 94; Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001

¹⁴⁴ Fermaidos, op. cit. p. 94

¹⁴⁵ Fermaidos, op. cit. p. 95

¹⁴⁶ Fermaidos, op. cit. p. 109

¹⁴⁷ Fermaidos, op. cit. p. 110

prohibir o restringir actividades económicas si éstas atentan contra la moral, el orden público o la seguridad nacional, toda vez que el artículo 19 N° 21 no señala que estas deban ser por ley. Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia ha señalado que sólo se pueden restringir por ley, tanto porque *“no existe mandato expreso de la Constitución en este sentido, como porque no ha sido contemplado en el N° 26 del artículo 19 como agente regulador ni limitador de garantías constitucionales. Finalmente, así lo ha entendido consistentemente la jurisprudencia del tribunal constitucional”*.¹⁴⁹

En consecuencia de todo lo expuesto, se concluye que se puede regular y restringir una actividad económica en aras de vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación, pero estas regulaciones y restricciones sólo pueden ser establecidas por ley¹⁵⁰.

A continuación analizaremos el proyecto de ley desde la perspectiva de la garantía constitucional en estudio. Para ello realizaremos una distinción entre las fuentes ya existentes y las fuentes nuevas, entendiendo por tales las que desean instalarse en una zona geográfica determinada en donde este en funcionamiento el sistema.

a) Fuentes existentes:

Respecto de las fuentes existentes, el SPET, mediante decreto supremo señalará la zona geográfica de aplicación del sistema, así como el cupo total de emisiones a asignar en una zona geográfica determinada. A su vez, a las fuentes existentes se les asignará una cuota inicial, de un contaminante determinado, mediante resolución fundada del director ejecutivo de la CONAMA.

Así, para que una fuente pueda funcionar con un SPET, deberá contar con permisos suficientes para respaldar sus emisiones.

Cumpliendo este requisito y otros establecidos en el proyecto de ley, que son específicos y se encuentran establecidos por ley, en aras de proteger el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, nadie podrá impedir que una fuente desarrolle libremente su actividad económica.

El SPET en la práctica establece, en vez de lo que ocurre con las normas de emisión que son generales, una normativa que regula las emisiones de las fuentes con carácter particular, con base en criterios históricos u otros análogos.

El SPET, no tiene por objeto, impedir que cualquier persona desarrolle libremente la actividad económica que más le plazca, sino que únicamente regula dicha actividad estableciendo los requisitos que dichas personas deben cumplir, en aras de compatibilizar el bien común, que esta dado en este caso, por un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, así como también por el derecho a la vida y salud

¹⁴⁸ Dejando a salvo la discusión, analizada en el numero i) de este trabajo, acerca del ámbito adecuado de actuación de la potestad reglamentaria en relación con los derechos fundamentales

¹⁴⁹ Ferandois, op. cit. p. 121

¹⁵⁰ Dejando a salvo la discusión, analizada en el numero i) de este trabajo al revisar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, acerca del ámbito adecuado de actuación de la potestad reglamentaria en relación con los derechos fundamentales.

de las personas.

Naturalmente y como consecuencia de la regulación se van a producir restricciones a la libertad de desarrollar actividades económicas, un ejemplo de ello, serían las limitaciones o restricciones a los permisos de emisión y transferencia de permisos de descontaminación establecidas en el artículo 23 del proyecto de ley (que pasó a ser 21 según la indicación respectiva) o por ejemplo si la cuota inicial asignada a la fuente es inferior a lo que actualmente esta emitiendo para un contaminante determinado, caso en el que deberá invertir para disminuir dicho contaminante, también, podrían plantear problemas los requerimientos de monitoreo, que establece el artículo 4 letra l), pero estimamos que dichas regulaciones se encuentran justificadas en virtud del artículo 19 N° 8 de la CPE, no afectando la garantía constitucional, en comento, en su esencia.

A nuestro juicio, el legislador está determinando el cómo se ejerce el derecho a desarrollar actividades económicas, por lo que no se puede estimar que exista vicio de inconstitucionalidad al respecto.

b) Fuentes nuevas

Como ya vimos un SPET asigna un cupo total de emisiones dentro de una zona geográfica determinada, así lo establece el artículo 4 letra e) del proyecto, esta es precisamente una de las características más atractivas del sistema, el hecho de poder congelar las emisiones en un periodo determinado. Ahora bien, podría ocurrir que una fuente desee instalarse en una zona geográfica y no pueda, por no existir bonos de descontaminación disponibles.

Sostenemos que la situación anteriormente descrita no lesiona el derecho a desarrollar una actividad económica en su esencia, toda vez, que dicha fuente podrá instalarse en una zona geográfica distinta o en una zona donde adquirir permisos de descontaminación sea más económico. También, podrá elevar su oferta a la hora de comprar permisos, con el objeto de hacer más atractivo para una fuente existente generar un permiso de descontaminación, con la finalidad de que esta posteriormente se lo venda, internalizando así, los costos por incentivar a otro a salir del mercado o a invertir en disminuir sus emisiones.

Si la ausencia de oferta de permisos de descontaminación se debiera a una colusión entre las fuentes existentes u algún otro atentado contra la libre competencia, existen los mecanismos de resguardo a través de la normativa correspondiente (Decreto Ley N° 211). Sin perjuicio que la sola existencia del sistema, en cierto modo genere una barrera de entrada.

Pensamos, que las limitaciones anteriormente señaladas, se encuentran autorizadas en virtud del artículo 19 N° 8 de la CPE.

Además, creemos que nuestros planteamientos, de ausencia de vicio de constitucionalidad, se refuerzan en el hecho de que un SPET más que limitar el desarrollo de una actividad económica, la está ampliando, al crear un interesante mercado. Así, parecen entenderlo los gremios empresariales, como también ciertas ONG ligadas al sector empresarial, quienes apoyan decididamente la instauración de un SPET.

En lo que respecta a los aspectos de forma creemos que el proyecto de ley se ajusta

a la constitución, cumpliendo el principio de reserva legal, remitiéndonos en esta parte a lo expresado en la letra i), al analizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

4.3.3.- Igualdad ante la ley y derecho a no ser discriminado arbitrariamente por el Estado en materia económica.

El artículo 19 N° 2, asegura a las personas *“La igualdad ante la ley”* *“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”*

A su vez, el artículo 19 N° 22 de la CPE asegura a todas las personas: *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.”*

La garantía establecida en el artículo 19 N° 22, constituye una singularización del principio de igualdad ante la ley que reconoce el artículo 19 N° 2.

El principio de igualdad consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para los que se encuentran en las mismas circunstancias y diversas para los que se encuentran en situaciones distintas.

Como ha dicho Valdés¹⁵¹ consiste en “tratar a los iguales de igual forma y a los desiguales de forma desigual.”

El constituyente no prohíbe las diferenciaciones siempre que estas sean razonables lógicas y justificadas, lo anterior en atención a que la igualdad jurídica no puede ser vista como un principio absoluto, lo proscrito son las discriminaciones arbitrarias.

El tribunal constitucional ha entendido por discriminación arbitraria “una diferencia irracional o contraria al bien común.”¹⁵²

Por su parte la doctrina ha entendido por discriminación arbitraria *“toda diferencia o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos o agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga justificación racional o razonable”*¹⁵³.

En el caso del proyecto de ley de SPET, el artículo 4 entrega a un decreto supremo establecer, entre otras cosas, la zona geográfica donde se aplicará, las categorías de fuentes existentes que participarán en el Sistema, el o los contaminantes que se regularán, el tipo de Sistemas que se aplicarán, la magnitud del total de emisiones a asignar en la zona geográfica, los parámetros de asignación de dicha magnitud, la duración de las fases y las condiciones de ajustes de dichas fases, las limitaciones y restricciones al uso de cupos de emisión, las modalidades de transacción, etc.

¹⁵¹ Valdés Domingo. La discriminación arbitraria en el derecho económico: especialmente en la legislación antimonopólica. Editorial jurídica Conosur, 1992.

¹⁵² Fallo Tribunal Constitucional Rol N° 203, 1994.

En consecuencia, se le está otorgado a la autoridad una gran discreción al momento de establecer un SPET; lo que no resulta inconstitucional per se.

Ahora bien, si dichas facultades son aplicadas de manera que importen una discriminación arbitraria, se estaría vulnerando esta garantía constitucional.

En la práctica, se pueden originar un sinnúmero de situaciones en donde si la autoridad no emplea para hacer diferencias criterios objetivos, justificables y razonables para la asignación de cupos de emisión, o para la determinación de las fuentes participantes, o para la determinación de la zona geográfica donde se va a aplicar el sistema, se van a suscitar problemas desde la perspectiva del derecho en estudio.

Tal vez, el problema de mayor complejidad en relación a esta garantía constitucional, lo constituye el diverso tratamiento que recibirán las fuentes existentes y las fuentes nuevas, mientras las primeras obtendrán sus cupos de emisión en forma gratuita, las segundas deberán realizar desembolsos para adquirir permisos que les permitan funcionar.

Si estimamos que ambas fuentes se encuentran en situaciones jurídicas distintas que justifican un tratamiento diferenciado el problema desaparece. Al parecer esta es la situación, toda vez que las fuentes existentes a diferencia de las nuevas “tienen un derecho sustancial comprometido. Se reconoce aquí un criterio histórico que fundamentaría la diferencia de tratamiento normativo”¹⁵⁴

4.3.4.- Libertad para adquirir toda clase de bienes.

El 19 N° 23 dispone “*La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de la Constitución.*”

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

No debe confundirse esta garantía con el derecho de propiedad, la libertad de adquirir el dominio la precede.

¹⁵³ Según Evans “(...) ni el Estado ni sus organismos, también sin distinción alguna, pueden dictar decreto, reglamento o resoluciones o adoptar acuerdos que se traduzcan en una discriminación arbitraria en materia económica. Y conste que ni el Estado ni cualquier entidad que cumpla funciones públicas pueden asilarse en facultades que les haya otorgado la ley, para efectuar esas discriminaciones. Si la ley contiene diferencias arbitrarias, es inconstitucional; si la ley entrega atribuciones que permitan a una autoridad, especialmente del sector económico o de instituciones (...), discriminar arbitrariamente a una persona el acto gubernativo así emitido sería nulo por violar el precepto en análisis y conforme los artículos 6° y 7° de la Constitución. Cualquier tribunal ordinario podría declarar esa nulidad y, eventualmente, sancionar civil y penalmente a los autores, todo ello sin perjuicio del recurso de protección que pueda hacer valer el afectado”. Op. cit. p. 354

¹⁵⁴ Soto, Luis. Sistema de derechos por emisiones transables, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 1993, página 90

Según Verdugo, Pfeffer y Nogueira *“Esta garantía ha sido establecida con el objeto de asegurar el libre acceso, a fin de hacer ingresar al dominio privado de las personas, a cualquier título lícito, toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, y, en general, de toda las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal, y proteger así a las personas de actos legislativos o de autoridad que las excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes”*¹⁵⁵.

Esta libertad no es absoluta y admite las restricciones que el mismo inciso primero señala.

Así, no será posible adquirir el dominio respecto de la siguiente clase de bienes:

Aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como por ejemplo el aire, la luna, la atmósfera, etc.;

Los que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así, como son, por ejemplo, los bienes nacionales de uso público. La distinción tiene relevancia práctica, toda vez que los bienes nacionales de uso público pueden ser desafectados por el legislador, haciendo con ello posible su adquisición por los particulares; en cambio, no sucede lo mismo con aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, los que bajo ninguna circunstancia son susceptibles de adquirirse por el Estado o los particulares; y

Aquellos que la propia Constitución señala que no pueden ser adquiridos por particulares, como los yacimientos mineros, por ejemplo.

Esta libertad sólo puede ser restringida o limitada por una ley de quórum calificado y en aras del interés nacional (requisitos copulativos).

De acuerdo al proyecto de ley, la facultad que se otorgaría a un emisor de expedir sustancias contaminantes es un *permiso*, y en consecuencia no constituye ninguna manera dominio sobre el elemento que se va a contaminar (agua, aire, etc.). Ahora bien, sobre ese *permiso* si existe dominio,¹⁵⁶ por lo que no se puede impedir que cualquier persona lo adquiera.

En consecuencia con lo anterior, estimamos que el proyecto de ley es constitucional, en cuanto a ésta garantía se refiere, toda vez que permite que no sólo las fuentes obligadas participen del Sistema, sino que también lo pueden hacer las fuentes voluntarias, sumideros y participantes no emisores. Todos ellos pueden adquirir permisos de emisión transables y tener, en consecuencia, dominio sobre dichos permisos.

4.3.5.- El derecho de propiedad.

El artículo 19 N° 24 dispone: *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.*

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y

¹⁵⁵ Verdugo, Pfeffer y Nogueira, op. cit. p. 296 y 297

¹⁵⁶ Esta idea la desarrollaremos cuando analicemos el proyecto desde la perspectiva del derecho de propiedad.

disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recaer o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. (...).”

El artículo 582 inciso primero del Código Civil define al dominio como “*el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.*” Por su parte el 583 dispone “*Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. (...).*”

Según la doctrina, este derecho presenta las siguientes características:

Es absoluto: se ejerce respecto de todos.

Es exclusivo: sus atributos sólo pertenecen al dueño.

Inviolable: Nadie puede ser privado del dominio o de sus atributos sino en la forma y con los resguardos prescritos por la ley.¹⁵⁷

Es un derecho real: se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona y está amparado por la acción reivindicatoria.¹⁵⁸

Perpetuo: termina por fallecimiento o voluntad del propietario. Sin embargo, la perpetuidad ha sido considerada una característica de la naturaleza del dominio que puede o no estar, es decir no constituye una característica esencial, prueba de ello es la propiedad fiduciaria, ya que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición, también, podemos señalar como propiedades limitadas temporalmente la propiedad industrial e intelectual.¹⁵⁹

Las facultades esenciales del dominio son:

La de uso, que permite al dueño servirse del bien según su naturaleza de la manera que desee.

La de goce, que permite percibir los frutos (civiles o naturales) que la cosa produzca.

La de disposición, “*que consiste en la prerrogativa del dueño de hacer con la cosa lo que le plazca, es decir, abusar jurídicamente de ella, enajenándola o materialmente consumiéndola o transformándola*”¹⁶⁰

¹⁵⁷ Evans, op. cit, p. 375.

¹⁵⁸ Verdugo, Pfeffer y Nogueira, op. cit. p. 302

¹⁵⁹ En este sentido Rozas, Fernando, “Los Bienes”, pág 77: “Sin embargo nosotros pensamos que la perpetuidad es una característica de la naturaleza del dominio, que puede faltar, no es una característica de la esencia....”

En el inciso segundo del artículo 19 N° 24 se incluyó el adverbio “sólo” *“por cuanto se estimó que el texto anterior contenía una simple facultad para el legislador, en tanto que la locución “sólo la ley puede...” consigna una explícita limitación para las autoridades de inferior jerarquía”.*

Quisiéramos resaltar que *“La esencia del derecho de propiedad radica en la existencia y vigencia del dominio mismo, de la calidad de dueño y la existencia y vigencia de sus tres atributos esenciales: el uso, el goce y la disposición. En consecuencia, cualquier atentado que implique privación del derecho de dominio, en sí, o de cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional, y sólo puede hacerlo, en forma jurídicamente válida, una ley expropiatoria (...)*¹⁶¹.

El dominio y su función social

Sobre la función social de la propiedad, podemos decir que el constituyente no definió que debía entenderse por tal y sólo se limitó a enumerar que comprende:

Intereses generales de la Nación,

La seguridad nacional,

La utilidad y la salubridad públicas; y

La conservación del patrimonio ambiental.

En consecuencia, sólo procede imponer limitaciones por ley en atención a estos bienes jurídicos, pero *“Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia (...) podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio (...) y toda restricción es inconstitucional”*¹⁶².

Sobre “Los intereses generales de la Nación” podemos señalar que *“expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales o económicos o de cualquier otro orden”*¹⁶³.

Respecto de la “conservación del patrimonio ambiental”, debemos señalar que se relaciona, obviamente, con la garantía del 19 N° 8, con la diferencia que por vivir en un medio ambiente libre de contaminación se puede restringir de manera específica derechos o libertades, en cambio, *“para cautelar la “conservación del patrimonio*

¹⁶⁰ Verdugo, Pfeffer y Nogueira, op. cit. p. 303

¹⁶¹ Evans, op. cit. p. 376

¹⁶² Evans op. cit. p. 377

¹⁶³ Evans op. cit. p. 378

ambiental” *la ley puede imponer “limitaciones y obligaciones” a la propiedad*”¹⁶⁴ .

En otras palabras, la diferencia radica en que, mientras las limitaciones y obligaciones que se pueden establecer a la propiedad en virtud de su función social, constituyen límites intrínsecos derivados de la misma naturaleza del derecho, las restricciones de que habla el artículo 19 N° 8 de la CPE constituyen límites externos al derecho de propiedad.

A continuación nos referiremos a los efectos jurídicos de las limitaciones y obligaciones impuestas al derecho de propiedad, principalmente a si generan o no derecho a indemnización de perjuicios.

Como es tradicional en los temas más complejos la doctrina se divide:

Hay quienes sostienen ¹⁶⁵ que mientras las limitaciones se encuadren y fundamenten en la función social de la propiedad, dentro de la que se encuentra la conservación ambiental, no generarían derecho a indemnización alguno. Esto en atención a que las limitaciones intrínsecas, siendo innatas del derecho de propiedad, definen o perfilan la extensión de sus atributos y facultades esenciales.

Otros, ¹⁶⁶ sostienen que el Estado debe responder igualmente por aquellos actos, que aunque sean inobjetables desde una perspectiva constitucional causen daño.

El fundamento de ello no hay que buscarlo solamente en el derecho de propiedad, si no también en la garantía de igual repartición de las cargas públicas y en la no discriminación arbitraria en materia económica.

Como se puede apreciar los efectos prácticos de adoptar una postura u otra son enormes.

b) El sistema de permisos de emisión transables y el derecho de propiedad.

¹⁶⁴ Verdugo, Pfeffer y Nogueira, op. cit. p. 305.

¹⁶⁵ Fernández, op. cit. p. 72. “Las restricciones y limitaciones a derechos determinados por razones de conservación del patrimonio ambiental o de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no significa una privación de ese derecho, razón por la cual no procede pago de indemnización alguna. **Por las mismas razones expresadas pueden imponerse condiciones, tributos o requisitos que limitan o restrinjan su ejercicio con tal que no lo impidan en forma absoluta y arbitraria**”. En este mismo sentido se pronuncia Cea.

¹⁶⁶ José Joaquín Ugarte, “Limitaciones al dominio, de las meras restricciones y de cuando dan lugar a la indemnización”. Revista Chilena de derecho, Vol 28 N°2, pp. 425-448(2001), sección estudios. “ **La Constitución, desde el punto de vista de la garantía del derecho de propiedad, hace indemnizables las limitaciones al dominio, y entre ella las meras restricciones, cuando entrañen la privación de un atributo o facultad esencial y sean transitorias- pues siendo permanente constituyen expropiación- Así resulta de lo establecido en el artículo 41, N° 8, y en el 19 N° 24. ¿Quiere decir esto que las restricciones que no priven ni siquiera transitoriamente de atributo o facultad esencial, o lo reduzcan significativamente en forma transitoria-lo que se entiende privación-pero si causen daño ., no dan lugar a indemnización? De ninguna manera. La respuesta no hay que buscarla en la garantía constitucional del dominio, solamente, sino también en la garantía de igual repartición de las cargas públicas, que establece el artículo 19 N° 20, inciso primero, y en la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica en el trato que deben dar el estado y sus organismos, que establece el artículo 19 N° 22 de la Constitución**”

Sobre la manera como un SPET puede afectar el derecho de propiedad, podemos decir:

Los emisores, al realizar actividades contaminantes, necesariamente deben respetar el patrimonio ambiental, toda vez que su propiedad sobre la fuente es limitada por este bien jurídico.

Al estar limitada su propiedad se puede afectar sus facultades, de uso, goce y disposición.

La facultad de uso podrá verse afectada, toda vez que el propietario de la fuente emisora no podrá utilizar el bien, de la manera que él desee, así como tampoco los permisos. En efecto, para emitir las sustancias contaminantes que se encuentren reguladas en el SPET, deberá contar con permisos suficientes que respalden dichas emisiones. A su vez, dichos permisos deberán utilizarse de la manera que el sistema señale.

La facultad de goce, que es la que habilita para apropiarse de los frutos y productos que la cosa da, podría verse afectada de manera indirecta. Esto, debido a que parte de los frutos que la cosa produce, tendrán que ser utilizados, ya sea en la adquisición de permisos o en mejoras tecnológicas, ambas situaciones requieren inversión y constituyen un costo para la empresa, por lo que probablemente sus ganancias serían mayores sin la existencia de un SPET.

Por último, la facultad de disposición podría verse alcanzada por el SPET, pero resulta necesario hacer ciertas precisiones:

El artículo 21 del proyecto de ley establece que *“las limitaciones y restricciones al uso de cupos de emisión y transferencia de bonos de descontaminación, que podrán contenerse en el decreto que establece el sistema son las siguientes:.....”*

En el caso que en el respectivo decreto no se establezcan dichas limitaciones y restricciones que la ley señala, creemos que el SPET no supone límite alguno a la facultad de disposición tanto material como jurídica del propietario, respecto de la cosa, ya sea si consideramos el derecho propiedad que tiene sobre la fuente emisora o sobre los permisos de emisión con que cuenta.

La situación es más compleja en el evento de que se instituyan limitaciones o restricciones en el decreto respectivo, como sería por ejemplo la señalada en el artículo 21 letra C), esto es, las limitaciones o restricciones a transacciones entre fuentes ubicadas en distintas áreas dentro de la zona geográfica de aplicación del Sistema (art. 21).

Estimamos que en esta situación, si bien existe una limitación a la facultad de transar los permisos, lo que podría a primera vista ser considerado como un límite a la facultad de disposición, y por lo tanto un límite al derecho de dominio, no constituye, en definitiva, un límite al mismo, ni menos atentaría contra la garantía constitucional en estudio.

La afirmación anterior requiere una explicación más profunda de la cual nos haremos cargo en los siguientes párrafos.

A nuestro juicio, no cabe confundir los derechos que otorga el permiso de emisión a

su titular, por un lado, con el derecho de propiedad del titular respecto del permiso mismo, por el otro.

Mediante un SPET se crea un derecho nuevo de carácter administrativo denominado *permiso de emisión transable*, dicho permiso se incorpora al patrimonio de su titular, contando respecto de él, con un derecho de propiedad pleno, garantizado por el artículo 19 N° 24 de la CPE. Ahora bien, los derechos que otorga el permiso, sobre el cual tenemos propiedad, están diseñados, contemplados y por que no, limitados por la propia ley que los crea. En otras palabras, si bien tenemos un derecho de dominio sobre el permiso, los derechos que se derivan de este permiso pueden estar limitados por la propia ley, y por ejemplo no contar con todas las facultades inherentes al dominio o las facultades inherentes a cualquier otro derecho.

El hecho de que falte la característica de perpetuidad ¹⁶⁷ respecto del derecho de propiedad que tenemos sobre el permiso de emisión, no le quita el carácter de pleno, toda vez que la perpetuidad, como ya señalamos, constituye una característica de la naturaleza y no de la esencia, pudiendo o no estar.

Lo anterior no tiene nada de novedoso ni de revolucionario en nuestro ordenamiento jurídico. El Código Civil en su artículo 583 nos señala, sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo. Como es sabido por todos el usufructuario no cuenta con todos los atributos del dominio, por de pronto carece de la facultad de disposición y su derecho esta sujeto a un plazo, lo mismo sucede con la servidumbre, en donde ciertos atributos del dominio del predio sirviente se pueden ver limitados; así ocurrirá también, con los permisos de emisión transables, que pueden nacer limitados, lo que no significa que se altere el derecho de propiedad que se tiene sobre el permiso mismo.

En todo caso, las limitaciones anteriormente señaladas, se encuentran autorizadas en virtud de la función social que el derecho de propiedad esta llamado a cumplir, por lo que en caso de aplicarse y encuadrarse dentro de los casos que contempla la ley, no surgiría para la autoridad obligación de indemnizar.

4.3.6.- Garantías del debido proceso y penales.

La manera como es abordada la temática de las sanciones en el proyecto de ley, merece ciertos reparos, que justifican que nos detengamos en ella.

En efecto, el artículo 40 contempla una serie de sanciones en caso de infracciones a la ley, señalándonos que *“Los organismos de la administración del Estado, según sus procedimientos y competencias, podrán aplicar una o más de las siguientes sanciones, sin perjuicio de aquellas que pudieren corresponder de acuerdo a la legislación vigente. Estas pueden ser (se puede aplicar una o más): Amonestación, Multa, Suspensión del uso del cupo de emisión respecto del cual se cometió la infracción, Prohibición, temporal o permanente, de participar en el Sistema, caducidad total o parcial de los permisos de*

¹⁶⁷ El artículo 9 del proyecto de ley nos señala “Los permisos de emisión se asignarán a las fuentes existentes y tendrán una duración de carácter indefinido **durante la vigencia del sistema**, sin perjuicio de los ajustes en cada fase, los que...”

emisión y bonos de descontaminación, entre otras”

v.i.a) Órganos competentes y procedimiento aplicable:

Primero, analizaremos el primer inciso del art. 40 “*los organismos de la administración del Estado, según sus procedimientos y competencias, podrán aplicar una o más de las siguientes sanciones..*”

Al respecto cabe preguntarse cuáles son esos organismos competentes y cuáles son sus respectivos procedimientos para conocer de las infracciones administrativas anteriormente enunciadas (multa, suspensión, etc). La respuesta no es precisada en el proyecto.

La CONAMA debe ser descartada, ya que no cuenta con atribuciones sancionadoras, según se desprende del artículo 70 de la ley 19.300, a su vez, el presente proyecto tampoco le otorga dichas facultades.

También quedan descartados los tribunales, en atención a que no administran el Estado.

Por lo que debemos entender que el proyecto de ley se refiere a alguno de los órganos de la administración, señalados en el artículo 1 de la ley 18.575.

Dicho artículo engloba una serie de órganos de la administración, por lo que no resulta de mucha ayuda a la hora de determinar que órgano será el competente.

Nos llama la atención, en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Carta Fundamental (que señala que los órganos de la administración, actúan validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley, no pudiendo atribuirse , ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes so pena de nulidad), que no se señalen en el proyecto de ley competencias específicas, ni se atribuyan facultades sancionadoras expresamente a órganos determinados de la administración.

¿Cómo dichos órganos (que no sabemos cuales son) van a tener competencia para conocer de las infracciones que el proyecto de ley contempla, sancionarlas y, en definitiva, ejercer una función jurisdiccional, si expresamente la ley no les otorga dicha atribución, teniendo en consideración que el proyecto crea una nueva serie de infracciones, antes inexistentes en el ordenamiento jurídico, sin incurrir en un vicio de nulidad? ¿Dónde se encuentra la norma habilitante para que dichos órganos de la administración actúen?

A su vez, cabe preguntarse ¿cuál va a ser el procedimiento aplicable para sancionar las infracciones administrativas establecidas en la presente ley?

Previo a responder esta pregunta nos parece necesario aclarar ciertos puntos en relación a las sanciones administrativas.

Las infracciones administrativas señaladas en la presente ley, como todas las infracciones administrativas, constituyen una manifestación del “ius puniendi” propio del Estado, por lo que los principios inspiradores del derecho Penal, contemplados en la CPR, han de aplicarse también al derecho administrativo sancionador.

Este trasvasije de los principios garantistas del derecho penal, al procedimiento sancionador administrativo, encuentran su fundamento último en la siguiente consideración elaborada por el tribunal Constitucional Español ¹⁶⁸, quien expresa “los administrados no deben recibir peor trato que los delincuentes”

Es necesario, además, tener en cuenta que los órganos de la administración que impongan las sanciones establecidas en el proyecto de ley, estarán ejerciendo una función jurisdiccional sancionadora.

Nos parece atinente citar un fallo del tribunal Constitucional Chileno ¹⁶⁹ que aborda el tema en comento de una manera bastante ilustrativa:

Considerando 9º: Que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendo propio del Estado.

Considerando 10º. Que entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta.”

En virtud de las consideraciones anteriores, resulta plenamente aplicable, en la especie, el principio Constitucional del racional y justo procedimiento. En efecto, la Constitución en su artículo 19 N° 3 inciso 5, asegura a todas las personas que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso legalmente tramitado. Correspondiendo al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

En la especie, ¿ha señalado el legislador las garantías con que debe contar el procedimiento y la investigación, necesarias para poder aplicar la sanción y así calificarlas de racionales y justas?

Si bien el proyecto, no lo señala claramente, debemos entender que resulta aplicable la ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración.

En efecto dicha ley en su artículo 2 inciso primero señala su ámbito de aplicación. Estableciendo que las disposiciones de esta ley serán aplicables “a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.....”

El problema de la ausencia de regulación del procedimiento aplicable, en caso de sanciones, estaría en consecuencia eventualmente subsanado por aplicación de la ley 19.880. Decimos eventualmente, porque si bien dicha normativa establece que el

¹⁶⁸ Sentencia de 3 de Octubre de 1983, citada por, José Mario Quirós Lobos, Principios de Derecho sancionador, pág. 25.

¹⁶⁹ ROL N° 244, 26 de Agosto de 1996. En este fallo, se revisaba la constitucionalidad de la nueva ley de caza.

procedimiento administrativo constará de tres etapas: iniciación, instrucción y finalización y señala a su vez, una serie de principios del procedimiento. Nos queda la duda, si constituye el procedimiento idóneo para tramitar las pretensiones punitivas del Estado, toda vez que, no señala ninguna separación entre órganos de instrucción y decisión, incurriendo en los ya conocidos vicios existentes en el antiguo Código de Procedimiento Penal. A su vez, tampoco consagra expresamente la presunción de inocencia. Este principio, fundamental en cualquier derecho sancionatorio, según el cual todo inculcado de haber cometido una conducta ilícita se presume inocente de la responsabilidad que presuntamente le cabe, hasta que se demuestre lo contrario, trae aparejado como consecuencia que la prueba de los presuntos hechos ilícitos debe necesariamente corresponder a la administración, por lo que no cabe forzar al administrado a probar su inocencia.

En todo caso, ya sea la CONAMA o el SESMA o cualquier otro órgano de la administración el que en definitiva resulte competente para conocer de estas infracciones, nos parece indispensable precisar con claridad dicho órgano, so pena de incurrir en vicio de nulidad de derecho público respecto de cualquier acto sancionatorio posterior a la entrada en vigencia de la ley, que realicen dichos órganos.

Lo anterior, nos lleva a declarar la inconstitucionalidad del proyecto en esta materia.

v.i.b) Principios de configuración del sistema sancionador

Al ser el derecho administrativo sancionador una manifestación del “ius puniendi” Estatal y dado su carácter unitario, resultan aplicables, entre otros, el principio de legalidad y el de tipicidad, esto, por expreso mandato Constitucional contenido en el artículo 19 N°3 inciso 8 “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona éste expresamente descrita en ella”

Respecto del primer principio, esto es el de legalidad, el proyecto se ajusta a él, toda vez, que prevé tanto la infracción como la sanción, en su articulado.

En cuanto al principio de tipicidad, el asunto resulta más controvertido, a lo menos, en dos aspectos. En efecto, como nos señaló el TC en el fallo anteriormente citado, se requiere para dar cumplimiento a este requisito una precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable.

El proyecto de ley, establece que la conducta típica consiste en infringir la presente ley (amén de parecer una ley penal en blanco). Dicha definición nos parece en extremo vaga y resulta difícil sostener que da cumplimiento al principio en comento. En efecto, sanciones gravísimas, que colisionan con garantías constitucionales, como la caducidad¹⁷⁰ de los permisos, la prohibición de funcionamiento o clausura de la fuente, no señalan expresamente la conducta objetiva requerida para su aplicación.

Otro punto conflictivo, resulta del hecho que el proyecto de ley, al enumerar las sanciones en su artículo 40, no señala los extremos dentro de los que se pueden mover

¹⁷⁰ Según Reyes Riveros, “*Naturaleza Jurídica del Permiso y de la concesión sobre bienes Nacionales de Uso Público*” La caducidad “Es el medio de extinción de la concesión de uso que tiene la administración para sancionar el incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario, para que opere es necesario un acto administrativo que la declare”

determinadas sanciones. Así sucede con la multa o la suspensión.

Esta situación creemos que resulta contraria al principio de tipicidad. En este punto seguimos a Bermúdez Soto ¹⁷¹, quien señala “No sería admisible una sanción que no estableciera de un modo cierto los límites mínimos y máximos dentro de los que opera. Esto es fácilmente apreciable respecto de la sanción de multa. El mandato tipificador exige que se cuente con unos límites bien precisos, debiendo señalarse los importes mínimos y máximos dentro de los cuales se puede mover la Administración sancionadora. Ahora bien, respecto de otro tipo de sanciones, la delimitación exige que los contornos de las mismas estén suficientemente previstos por la norma. Así cuando la sanción es, por ejemplo el cierre o clausura de un establecimiento se debe señalar si éste será temporal o definitivo, y en el primer caso por cuanto tiempo, del mismo modo deberá precisar si se aplica a uno o a varios establecimientos.”

v.i.c) Principios de aplicación del sistema sancionador

Respecto de las sanciones administrativas contempladas en el proyecto, resulta necesario recalcar que también resultan aplicables los principios de culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, in dubio pro reo, non bis in ídem, entre otros.

Nos detendremos brevemente en el principio de culpabilidad y “non bis in ídem”

El primero de estos principios, esto es el de la culpabilidad “consiste en un juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta, para que este reproche sea posible – dice este autor- es necesario previamente que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita a título de autor, cómplice o encubridor de los hechos ilícitos; en segundo lugar, que sea imputable, es decir, que no se den en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar; y, en fin, y por último que sea culpable, es decir que haya tenido conciencia, voluntariedad, como dice el Código Penal, a título intencional o culposo de los hechos” ¹⁷²

Como se desprende de la definición dada, para que una acción u omisión sea sancionada, se requiere de la concurrencia de dolo o culpa del supuesto infractor.

Parece pertinente, preguntarse si el proyecto en estudio consagra una responsabilidad objetiva, es decir que no requiere la concurrencia de dolo o culpa para configurar la responsabilidad administrativa o establece una responsabilidad basada en la culpa o dolo.

Nos inclinamos por la segunda opción, ya que si bien el proyecto de ley no lo define expresamente y no realiza ninguna previsión acerca del régimen general de culpabilidad, en el artículo 41 hace mención a la intencionalidad en la comisión de la infracción, como criterio a considerar para la aplicación de las sanciones. Además de lo anterior, refuerza nuestra posición el hecho de considerar que los principios del derecho penal resultan aplicables al derecho administrativo sancionador, por ser ambas manifestaciones del “ius puniendi”. ¹⁷³

¹⁷¹ Bermudez Soto, Jorge, Revista Chilena de Derecho, Número especial, pp. 333, 1998

¹⁷² Santamaría Pastor, Juan Alfonso “Principios de derecho administrativo”, vol ii, pág 389.

El segundo principio que abordaremos, es el del “non bis in ídem”, este implica “la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal”¹⁷⁴

El proyecto establece en el artículo 40 “A los infractores de la presente ley, los organismos de la administración del Estado, según sus procedimientos y competencias, podrán aplicar una o más de las siguientes sanciones...”

No queda claro si la norma esta autorizando o no la imposición de sanciones copulativas, por un mismo hecho, con identidad de sujeto y fundamento. De hacerlo contradiría el principio en comento.

v.i.d) Observaciones

Estimamos que el proyecto, debiera radicar la competencia para conocer de las infracciones a la presente ley, en un solo órgano de la administración.

También creemos que debiera precisar con mayor claridad los extremos dentro de los que se pueden mover las sanciones.

Asimismo, creemos que se debería establecer un procedimiento para la aplicación de sanciones y que, además, de los recursos administrativos pertinentes, debiese existir la posibilidad de interponer recursos especiales, tal como se contempla en la Ley Eléctrica por ejemplo, en donde existe la posibilidad, una vez agotada la vía administrativa de reclamar ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, en caso que estime que no se ajusta a derecho la sanción.

Lo anterior otorgaría una mayor seguridad jurídica a los administrados.

Por las razones expuestas, así como por las expresadas en el capítulo 3, relativas a la ausencia de norma que señale la prescripción de la acción para perseguir las sanciones administrativas y los problemas vinculados al principio del non bis in ídem, estimamos que el tema de las sanciones ha sido abordado de manera deficiente por el proyecto de ley, mereciendo serios reparos, que justifican su declaración de inconstitucionalidad.

4.3.7.- Garantía de protección jurídica de libre ejercicio de los derechos constitucionales 19 N° 26.

El artículo 19 N° 26 dispone “*La constitución asegura a todas las personas:*

26° La seguridad de los preceptos legales que por mandato de las Constitución

¹⁷³ En este sentido Santamaría Pastor, Juan Alfonso “Principios de derecho administrativo”, vol ii, pág 390 “la transposición general de los principios del Derecho Penal al derecho administrativo sancionador que se deriva del tratamiento unitario de ambos en el Art. 25.1 CE debe llevar a la aplicación en este último de las reglas que el Código Penal establece sobre todas las cuestiones relativas a éste régimen general, como son la existencia de diferentes grados en la autoría, edad mínima de imputación, circunstancias excluyentes de la imputabilidad, etc.”

¹⁷⁴ Santamaría Pastor, obra citada, pág. 394.

regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Por medio de esta garantía se buscó rodear de la más completa y adecuada cautela jurídica el pleno goce y ejercicio de las demás garantías, las que no podrán ser afectadas en su esencia por acto alguno del legislador o de cualquier otra autoridad.¹⁷⁵

En efecto, el constituyente quiso prevenir que mediante la imposición de cargas, requisitos o interpretaciones se alterara de tal manera los derechos consagrados en la carta fundamental que se le hiciera irreconocibles o derechamente se le suprimiera de manera subrepticia.

Se ha entendido por la doctrina que la “esencia” de cada derecho “*se expresa en uno o más bienes jurídicos que garantizan su real vigencia, que distingue el precepto singularizándolo, y sin los cuales la consagración constitucional aparecería como expresión de una intención meramente discursiva*”.¹⁷⁶

Según el tribunal constitucional “*un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica*”.

177

El mismo 19 N° 26 establece la reserva legal para la regulación de los derechos constitucionales, premisa que se encuentra recogida en la frase inicial del precepto en comento que dispone:

"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen..."

Es decir, sólo cuando la Constitución expresamente lo permite puede la ley regular o complementar esas garantías constitucionales pero dichos preceptos legales no pueden imponer

"condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio",

o sea, constituye una prohibición para el legislador (o la ley) de imponer condiciones que impiden el libre ejercicio de los derechos, tributos e incluso, requisitos para igual efecto.

De aquí fluye con toda nitidez que la única forma de regular una garantía constitucional es a través de una ley. Jamás un simple Decreto Supremo podría regular una garantía constitucional pues expresamente se lo prohíbe el artículo 20 de la Constitución.

La consagración positiva de lo anterior la encontramos en la garantía del N° 26 del artículo 19 que expresa que los preceptos legales que por mandato de la Constitución

¹⁷⁵ Evans, op. cit. p. 293

¹⁷⁶ Evans, op. cit. 301.

¹⁷⁷ Tribunal Constitucional, sentencia recaída en la causa rol N° 43, de fecha 24 de febrero de 1987.

regulen o complementen las garantías que ésta establece no podrán afectar los derechos en su esencia.

Debe destacarse que la norma constitucional se refiere exclusivamente a la “ley”, por lo tanto, ningún otro precepto de menor jerarquía que ella (reglamentos, decretos supremos, resoluciones administrativas, etc.), puede restringir las garantías constitucionales. Estas restricciones deben ser “específicas” y no vagas Pero, ni aún en este caso puede la ley afectar en su esencia dichas garantías ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Corresponde ahora que analicemos, de acuerdo a todo lo que hemos expuesto en este capítulo, si las garantías constitucionales que se encuentran relacionadas con el proyecto pueden ser afectadas *en su esencia* por éste.

Sobre el particular podemos señalar que, como ya hemos dicho, en general es acorde con nuestra carta fundamental

Capítulo 5

Naturaleza Jurídica de los Permisos de Emisión Transables

5.1.- Introducción:

En el presente capítulo analizaremos la naturaleza jurídica de los permisos de emisión transables, ello ya que a pesar de que proyecto de ley los denomina *permisos* (en concordancia con lo dispuesto por la ley de bases) han surgido dudas si efectivamente se trata de esa figura jurídica o de otra de las que contempla la legislación para hacer uso de bienes nacionales de uso público o las cosas comunes a todos los hombres, como son el agua y el aire.

Ahora bien, previo a realizar el análisis esbozado en el párrafo anterior, señalaremos porque el agua y el aire son bienes nacionales de uso público, cosas y que consecuencias se sigue de ello.

5.2.- Cuestión previa: naturaleza jurídica de las aguas y del aire:

5.2.1.- Naturaleza jurídica del aire:

La doctrina distingue entre Cosas y Bienes, “desde el punto de vista jurídico positivo, cosa es todo lo relevante o tomado en cuenta por la ley y que pueda ser objeto de relaciones jurídicas”¹⁷⁸. Las cosas presentan las siguientes características:

“Extrañeza del sujeto: Cosa se contrapone a persona como objeto se contrapone a sujeto.

Relevancia jurídica: Esto significa la posibilidad de ser objeto de relaciones jurídicas.

La noción de cosa es independiente de la noción de apropiabilidad por un sujeto. Así, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (art. 585), los metales de una mina inexplorada, las “res nullius”, el tesoro no descubierto, son cosas, aunque no tengan jurídicamente dueño, porque pueden ser objeto de relaciones jurídicas.

La cosa puede ser presente o futura y tanto la una como la otra son cosas.

Debe proporcionar una utilidad al hombre. Esta utilidad puede ser, como se ha dicho, presente o futura; material o moral. Pero no es necesario que tenga valor económico. El concepto de cosa no se limita a lo patrimonial”¹⁷⁹

Por su parte Bienes son un tipo de cosa que, “produciendo una utilidad al hombre, son susceptibles de propiedad”¹⁸⁰, siendo sus características esenciales “su utilidad, su apropiabilidad y su delimitación de otras cosas”¹⁸¹.

En consecuencia, si algo no es susceptible de ser apropiado (como es el caso del aire) es una cosa, no un bien.

En éste mismo sentido se pronuncia Daniel Peñailillo, quien señala: “*la doctrina generalmente estima que el espacio, considerado entidad vacía en la que se mueven los objetos corporales, no es ni un bien ni una cosa. El aire que se encuentra en él, si se estima una cosa, que, en estado normal, pertenecería a la categoría de cosas comunes a todos los hombres*”¹⁸²

Teniendo claro que el aire es una cosa y no un bien, debemos agregar que nuestra legislación expresamente lo deja fuera del comercio humano, así el artículo 19 N° 23 de la Constitución dispone: “*La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así (...)*”. Por su parte, el artículo 585 del

¹⁷⁸ Rozas Vial, Fernando, “Los Bienes”, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, p.3

¹⁷⁹ Rozas, op. cit. p. 4

¹⁸⁰ Rozas, op. cit. p. 5

¹⁸¹ Rozas, op. cit. p. 6

¹⁸² Peñailillo Arévalo, Daniel. Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. Editorial Jurídica de Chile, pagina 57.

Código Civil señala: *“Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiársela.*

Su uso y goce son determinado entre los individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional”.

De acuerdo al Código de Bello, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres no son susceptibles de ser apropiadas por el hombre y no están dentro del comercio humano, adoleciendo su enajenación de objeto ilícito (Art. 1464 N° 1), por otra parte, para poder adquirir un bien por prescripción se requiere que esté en el comercio humano (Art. 2498).

En conformidad con lo anterior, no se puede asignar propiedad sobre el aire, ya que solo es una cosa, que como tal, presta utilidad a los hombres, siendo su principal función ser el elemento necesario para poder respirar; pero aquella no es la única, también es un receptáculo de emisiones de gases y material particulado, por lo que resulta absolutamente necesaria su regulación para que no se haga un uso abusivo de éste.

Sin adelantar conclusiones, estimamos que con el proyecto de ley de SPET no asigna propiedad sobre el aire (cuestión imposible a la luz de nuestra actual normativa), como algunos han pretendido ver ¹⁸³, sino que regula el uso de éste como receptáculo de desechos, asignándose, en la práctica, normas de emisión particulares, más que generales como sucede hoy.

Los permisos de emisión transables son un tipo de regulación alternativo disponible dentro de una amplia gama de instrumentos de gestión ambiental. Como vimos en el capítulo 1, la elección del instrumento adecuado *“no puede ser una posición basada en prejuicios o dogmas ideológicos, sino más bien en la identificación del problema y la búsqueda de soluciones que presenta las mayores ventajas en efectividad ambiental y menores costos de cumplimiento de regulación.”*¹⁸⁴

A su vez, determinar cual será instrumento de gestión ambiental más apropiado dependerá en gran medida, del criterio que utilicemos para evaluar la política ambiental, que puede ser la eficiencia, la equidad, incentivos que crea, etc.

5.2.2.- Naturaleza jurídica de las aguas.

El artículo 19 N° 24 de la Constitución, en su inciso final, señala: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”

El Código de Aguas establece, en su artículo 5 que: *“las aguas son bienes*

¹⁸³ El crimen ambiental paga, www.tierraamerica.net/2003/0526/noticias2/shtml . “El diputado(Navarro) y (Sara) Larraín coincidieron en que el mecanismo de la ley propuesta consistirá en adjudicar a las empresas cupos de contaminación de la atmósfera sobre la base de emisiones y legalizar esa adjudicación con la emisión de un bono, lo cual implica crear un derecho de propiedad sobre el aire.”

¹⁸⁴ Pérez, Clemente, Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol 2 año 2000, pág 474.

nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas”. Por su parte, en el artículo 6 se dispone que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas.

Es necesario advertir que “sólo se puede disponer del derecho real de aprovechamiento que comprende el uso y goce de las aguas y no de ellas, por cuanto son bienes nacionales de uso público.

De acuerdo a lo establecido por la Constitución, se tiene el derecho de propiedad sobre el derecho real de aprovechamiento de aguas, el que sí está protegido por esta garantía constitucional”¹⁸⁵.

5.3.- Naturaleza jurídica de los permisos de emisión transables:

Respondida la pregunta de la naturaleza jurídica que presentan el agua y el aire, ahora corresponde abocarnos a como se puede hacer uso de ellos y como el estado reglamenta este uso.

Previo a entrar de lleno en el tema anunciado en el párrafo anterior, debemos hacer presente que la doctrina en Chile¹⁸⁶ no está conteste sobre la naturaleza jurídica de los permisos de emisión transables, toda vez que a la fecha no se ha dictado la ley que los regula y toda la discusión doctrinaria se ha basado en supuestos o en lo que debería ser; es por lo anterior que no existe una opinión unánime, pese a que la Ley de Bases habla de permisos, expresión que puede inducir a equívocos.

A su vez, el proyecto de ley que se viene analizando, no aporta mayor claridad en este punto, toda vez que en su mensaje, al abordar el tema de la naturaleza jurídica del cupo de emisión, nos señala que corresponde a un “permiso o autorización”, incurriendo en una imprecisión dado que dichos actos constituyen actos administrativos diversos.

Las distintas opiniones varían entre quienes han señalado que podría ir entre un permiso y una concesión, como Clemente Pérez, quien utiliza las expresiones permisos y autorizaciones como sinónimos, fundamenta que si bien un permiso hace algún tiempo era una autorización precaria hoy existe una amplia gama de autorizaciones que otorgan una gran certeza jurídica. Hay otros que derechamente le asignan la naturaleza de una concesión, como Rodolfo Celaya Bastidas¹⁸⁷ quien sostiene que constituye un acto administrativo por el cual el Estado otorga un derecho ex novo para emitir cierta cantidad

¹⁸⁵ Verdugo, Pfeffer y Nogueira, op. cit. p. 315

¹⁸⁶ Se limita a algunos artículos aparecidos en Revistas y un par de tesis para optar la grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y sociales.

¹⁸⁷ Celaya Bastidas, “*Naturaleza Jurídica de los Permisos de Emisión Transables*”, Tesis para optar al grado académico de Magíster en Derecho de la empresa. PUC.

de sustancias, por lo que se trata de una autentica concesión; y otros que han dicho que la naturaleza jurídica del permiso de emisión transable, como instrumento, no es determinada por su origen administrativo, sino por características ligadas a la esencia misma del instrumento y definidas por ley, como es el caso de María Cristina Escudero Illanes¹⁸⁸.

5.3.1.- Formas de las que se puede hacer uso de los bienes nacionales de uso público:

Los bienes nacionales de uso público pueden ser utilizados de manera común y de manera privativa, el uso común puede ser general y especial; por su parte el uso privativo puede ser entregado al administrado mediante concesión o permiso.

5.3.1.1.- El uso común:

Los bienes de dominio público pueden estar afectos al uso público, “destinándose en tal caso al uso generalizado de un sector no individualizado de personas. En virtud de esta clase de afectación, la cosa queda vinculada al uso de todos los administrados sin distinción ni preferencia alguna, generando un régimen de uso y aprovechamiento *uti universi*”.¹⁸⁹

El uso común puede ser general o especial, el general consiste en “la facultad o derecho de todos los habitantes de servirse de los bienes demaniales afectos al uso público, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados (...)” “El uso común general corresponde a la utilización colectiva, anónima y abierta a todos que excluye toda individualización dentro del posible círculo de usuarios, ya que no requiere de ningún título especial para ello. Aunque no todos los habitantes den un uso real, efectivo y actual a estos bienes, el uso común general se caracteriza por ser una utilización colectiva que satisface una necesidad sentida como tal por toda la comunidad”.

¹⁹⁰

El uso común es regido por los siguientes principios:

Libertad: Todos los administrados pueden hacer uso del demanio,¹⁹¹ sin ninguna formalidad previa y para los fines que estime pertinente, eso sí respetando los otros principios que se enunciarán.

Igualdad: El uso debe ser igualitario, admitiéndose discriminaciones que provengan de situaciones fácticas u otras determinadas por el interés general.

Gratuidad: El uso debe ser gratuito, pero esto no impide que se cobre una tasa o

¹⁸⁸ Escudero Illanes, op. cit. p. 147 y 148

¹⁸⁹ Montt Oyarzún, Santiago, “*El Dominio Público*”, Cono Sur 2002, p. 264

¹⁹⁰ Montt, op. cit. p. 265 y 266

¹⁹¹ Dominio público.

impuesto, puesto que ésta “no sirve para limitar el acceso a la utilización, ni implica una individualización del círculo de usuarios, sino que tiene una finalidad exclusivamente fiscal”¹⁹².

Conformidad a la destinación: “La utilización de los bienes respectivos debe hacerse de conformidad a los fines de afectación de las dependencias específicas del demanio”.

¹⁹³

Ordenación: El uso del demanio debe hacerse conforme a las normas legales y reglamentarias dictadas para regular el uso general.

Compatibilidad: El uso de unos no debe impedir ni dificultar el uso de los demás.

Indemnidad o uso no consuntivo: El uso del bien no debe ser perjudicial para éste, para que otros puedan usar también dicho bien. Este principio es especialmente interesante para nuestro análisis, porque la utilización del medio ambiente debe ajustarse a este principio, “dado que la virtud regenerativa de los bienes que integran esta categoría no es ilimitada, se exige que la utilización de los mismos no perjudique las calidades o características del bien, pues en tal caso el uso de los demás se haría incompatible o no se llevaría a cabo en condiciones de igualdad.

*Parte importante de la regulación medioambiental, en particular las inmisiones de gases a la atmósfera y los vertidos a los cauces públicos o mar, se basa justamente en este principio. Ciertos usos son contaminantes, y en la medida que el aire o el agua no recuperen por sí mismos sus caracteres originales, el ordenamiento ha de tomar medidas restrictivas de usos que lleven consigo la degradación del bien”.*¹⁹⁴

Prioridad temporal: “El uso común debe realizarse con respeto a la preferencia del usuario común o anterior”.¹⁹⁵

Por su parte, el uso común especial se trata de “un uso común que, sin desnaturalizar ni impedir el uso general del dominio público por cualquiera, supone sin embargo, que un interesado utiliza o aprovecha más que otro determinado bien de dominio público”.¹⁹⁶

Ahora bien, como hay quienes utilizan más que otros el demanio y esto los coloca en una situación distinta al resto de los administrados, ya sea porque su actividad puede ser peligrosa para el resto, demasiado intensa, sobre un bien escaso, etc., la administración debe controlar estas situaciones.

Hay que dejar claro que el uso común especial es siempre un uso que, si bien

¹⁹² Forsthoff, Ernst, citado por Montt, op. cit. p. 288

¹⁹³ Montt, op. cit. p. 289

¹⁹⁴ Montt, op. cit. p. 290 y 291

¹⁹⁵ Santamaría Pastor, citado por Montt, op. cit. p. 291

¹⁹⁶ López Pellicer, José, citado por Montt, op. cit. p. 291

menoscaba o afecta negativamente el uso común general, nunca y bajo ningún supuesto llega excluir la utilización de los demás usuarios.¹⁹⁷

El uso común especial tiene una destacada participación de la administración, ya que si “el uso común especial supone una concurrencia junto al uso común general una perturbación del mismo, resulta razonable y justificado que tales usos especiales estén supeditados a la obtención de una licencia, permiso o autorización por parte de la Administración, la que tiene por objeto comprobar que ha quedado neutralizada la perturbación que pudiera ocasionar la utilización excesivamente intensa, peligrosa, escasa, etc. Se constituye así el uso común especial como un mecanismo que, mediante la técnica de la autorización previa, atribuye a la Administración la facultad de establecer limitaciones y restricciones a usos específicos del dominio público, que sin llegar ser usos privativos, “suponen una restricción fáctica del uso común por parte de terceros o la introducción de factores de riesgo en el mismo”.¹⁹⁸

De acuerdo a lo expuesto, la figura jurídica utilizada para el caso del uso común especial es la *autorización*, siendo entonces procedente que hablemos de ella.

5.3.1.1.1.- La Autorización:

La autorización ha sido definida como “acto administrativo que levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad no ha de producir en el caso concreto perturbación alguna sobre el buen orden de la cosa pública”.¹⁹⁹

Se ha dicho que una vez que el privado ha reunido los requisitos exigidos por la norma tiene un derecho adquirido para acceder a la utilización respectiva y también para exigir el otorgamiento del respectivo acto administrativo, o sea se está reconociendo un derecho, no se está creando uno nuevo, situación que diferenciaría esta figura de la concesión donde el campo jurídico del concesionario se ve ampliado.²⁰⁰ En otras palabras, la autorización tendría efectos declarativos y no constitutivos.

Junto con lo anterior, otro presupuesto esencial de la autorización es que los administrados concurren de manera libre e igualitaria en el disfrute de sus titularidades previas²⁰¹, *“el concepto de autorización debe limitarse a los supuestos en que no hay limitación en el número de beneficiarios del derecho o actividad ejercida, ni discrecionalidad en el otorgamiento (como ocurre, por ejemplo, en las licencias de conducir, de caza o de abrir establecimientos educativos, licencias urbanísticas, etc.), remitiendo el concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación vigente*

¹⁹⁷ Montt, op. cit. p. 292

¹⁹⁸ Montt, op. cit. p. 292, la cita final pertenece a Santamaría Pastor.

¹⁹⁹ Otto Mayer, citado por Celaya Bastidas Rodolfo, op cit. p. 79

²⁰⁰ En este sentido véase a Montt, op. cit. p. 293 y a Escudero Illanes, op. cit. p. 142 y 143

²⁰¹ Celaya Bastidas, Rodolfo, op. cit. p. 81

*permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas”.*²⁰²

Como se ve, cuando se hace uso de un bien nacional de uso público o de una cosa que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres, estamos en presencia de un Uso Común, el cual se torna en especial si el Estado está facultado para establecer restricciones o limitaciones particulares para evitar que por determinados usos se menoscabe al resto de los usuarios. Lo anterior resulta evidente en el caso del aire atmosférico, ya que la administración está autorizada para restringir y limitar las emisiones de contaminantes a la atmósfera cuando, por medio de esas emisiones, se ponga en peligro el uso que los demás dan al aire (respiración). Ahora bien, dichas limitaciones o restricciones no pueden impedir que se emitan sustancias al aire cuando estas no representan un peligro para éste o cualquier otra forma que implique que este uso es excesivo por parte de los emisores.

Cumplíéndose los requisitos para las emisiones nadie puede impedir que éstas se produzcan. En el caso particular de nuestro análisis, en la medida que los participantes emisores tengan suficientes permisos de emisión para respaldar sus emisiones nadie puede impedir que lo hagan (lo anterior es sin perjuicio de las situaciones excepcionales como pueden ser las emergencias ambientales).

5.3.1.2.- Los usos privativos de los bienes nacionales de uso público.

Se ha definido al uso privativo como “Es el poder jurídico exclusivo y revocable de una persona individualizada sobre una determinada parte de un bien público con caracteres de cierta permanencia y resultante de la autoridad competente”.²⁰³ Es necesario resaltar que las características esenciales del uso privativo es que se otorga exclusivo y excluyente²⁰⁴ sobre una porción del demanio determinada. Junto con lo anterior son elementos del concepto recién dado:

Poder jurídico del usuario sobre la cosa.

La individualización del usuario: Esto a diferencia del uso común donde el usuario es anónimo.

Determinación precisa del bien demanial²⁰⁵ que se usa.

Permanencia en la exclusividad del uso especial: Se requiere que haya una permanencia o prolongación del uso por un determinado espacio de tiempo, independiente que se haga efectivo uso o no.

²⁰² Ramón Parada, Derecho administrativo, volumen 1, Parte General, Quinta Edición. Página 397

²⁰³ Reyes Rivero, Jorge, “*Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público*”, Editorial Jurídica de Chile 1960, p. 104

²⁰⁴ Montt, op. cit. p. 300

²⁰⁵ Bien público.

Precariedad del uso preferencial: El dominio público está destinado a satisfacer fines de interés general, si esto se puede ver amenazado por el uso privativo, es deber del estado ponerle fin. *“El uso especial no tiene carácter irrevocable. La ocupación ingresa a la esfera jurídica del usuario, una vez otorgada, pero queda sujeta a desaparecer de dicha esfera, por voluntad unilateral del concedente, si el interés público lo exige. No existe estabilidad absoluta del derecho o poder que el usuario privativo hubiere adquirido con el acto que dio origen a la ocupación, porque, a diferencia del Derecho Privado, en que los derechos son absolutos, en el Derecho Administrativo la situación jurídica del usuario es relativa”.*²⁰⁶ Queremos destacar que la precariedad del uso privativo no significa que este pueda ser revocado de manera arbitraria, porque ésta se encuentra proscrita por la Constitución, la revocación sólo es procedente cuando el interés general así lo exija.

Es importante destacar que con el uso privativo no hay un derecho preexistente que por razones de policía deba ser reglado; no, lo que hay es una situación nueva, que ya no mira principalmente al interés colectivo, sino al del particular, el acto administrativo, en este caso, es una fuente creadora de derechos. La única manera de adquirir derechos de uso privativo sobre el bien de dominio público es mediante la obtención de un título administrativo, que puede ser tanto el permiso como la concesión.²⁰⁷

5.3.1.2.1.- Del permiso:

El *permiso* ha sido definido por la doctrina nacional como *“el acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social sobre un bien de dominio público”.*²⁰⁸

Sobre la naturaleza jurídica del permiso, hay discordancia entre los administrativistas sobre cuál es. Sobre el particular existen las siguientes posturas:

Se trata de un acto de autorización o permiso de policía.

Es un mero acto de tolerancia por parte de la administración.

El permiso de uso privativo es un acto concesional que otorga al permisionario un derecho real de naturaleza administrativa.

El titular de un permiso de uso tiene, en virtud de un acto jurídico, un derecho subjetivo de carácter público debilitado o condicionado.

Respecto de las anteriores alternativas, sólo la primera es descartada unánimemente, toda vez que las autorizaciones remueven un impedimento al ejercicio de un derecho,²⁰⁹ en cambio quien usa privativamente un bien demanial, antes del acto que

²⁰⁶ Reyes Riveros, op. cit. p. 125

²⁰⁷ Montt, op. cit. p. 300

²⁰⁸ Montt, op. cit. p. 308

²⁰⁹ Reyes Riveros, op. cit. p. 170

otorga el permiso o concesión carece del derecho para usar de manera exclusiva el bien, aunque la ocupación sea temporal o precaria.

Respecto de la segunda teoría, se ha dicho que el permiso *“es una institución que no crea ni transfiere ninguna clase de derechos en beneficio del usuario, por lo cual no puede ser enajenado ni transmitido por este último. La falta de derechos tiene, en su origen, y como contrapartida, un acto administrativo de mera tolerancia, de carácter unilateral, discrecional y revocable por implicar una situación jurídicamente de precario para el autorizado”*.²¹⁰

Atendida la magnitud de atribuciones que esta doctrina otorga a la Administración en perjuicios de los administrados, es que se reservan los permisos para casos excepcionales y sólo en relación con objetivos de poca importancia jurídica, económica o social.

Se critica esta teoría por cuanto no hay tolerancia, toda vez que ésta significa una no manifestación de voluntad, una omisión frente a una situación de hecho, cuestión que no se da en el permiso, por cuanto existe una manifestación de voluntad del Estado, exteriorizada mediante el acto jurídico administrativo, acto absolutamente indispensable para hacer uso de manera privativa del bien nacional de uso público.

La tercera teoría sostiene que el Estado tiene una propiedad administrativa o pública sobre los bienes demaniales y que los particulares adquieren derechos de naturaleza administrativa sobre ellos. El permisionario de ocupación tiene un derecho real de naturaleza administrativa que ocupa, es decir, un derecho real precario.²¹¹

Frente a terceros la situación del permisionario es igual a la del concesionario, posee de acciones posesorias para defenderse, el permiso es oponible a los demás. En cambio, frente a administración ésta puede revocar el permiso y, en principio, sin indemnización, lo que no obsta que el titular del permiso pueda ejercer las acciones posesorias en contra de ella, mientras el permiso se encuentre vigente.

Se ha criticado esta teoría porque *“el dominio público es inalienable. Esta característica impide que sobre los bienes públicos exista propiedad y derechos reales, los que constituyen desmembraciones de la propiedad.”*²¹²

La diferencia, para esta teoría entre concesión y permiso es el carácter precario de este último, que permite su revocación sin derecho a indemnización.

Finalmente, hay quienes sostienen que el derecho del permisionario es un derecho subjetivo público condicionado o debilitado.

*“Se trata de un derecho subjetivo público, porque nació de un acto jurídico dictado por el Estado en ejercicio de sus derechos de propiedad pública sobre el bien dominical
213 (...). La situación en que se encuentra el permisionario frente a la administración, en*

²¹⁰ Montt, op. cit. p. 311 y 312

²¹¹ Reyes Riveros, op. cit. p. 186

²¹² Reyes Riveros, op. cit. p. 187

caso de conflicto, la resuelve directamente la administración en plano de desigualdad jurídica con el ocupante, sin necesidad de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia y mediante actos que gozan del privilegio de la ejecución previa.

La protección que recibe e derecho subjetivo privado es en relación a otros intereses privados de igual valor, mientras que el interés del permisionario es protegido en relación de subordinación al interés público en el dominio.”²¹⁴

Sobre las características que presenta el permiso se ha señalado que son:

Discrecionalidad: *“El otorgamiento de permisos depende de la ‘discrecionalidad’ administrativa, pues la Administración hállase habilitada para apreciar si el permiso que se pide está o no de acuerdo con el interés público”.*²¹⁵

Unilateralidad: Generalmente, en el otorgamiento de los permisos, sólo interviene la voluntad de la Administración.

Precariedad: Puede ser revocado sin derecho a indemnización por parte del Estado.

5.3.1.2.2.- De la concesión:

La concesión ha sido definida como *“el acto o contrato administrativo que crea, en favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo o que transfiere al particular un derecho que es propio de la administración y del que el particular carecía totalmente”.*²¹⁶

Las concesiones pueden ser:

Constitutivas: La capacidad o derecho es creado para el particular, sin importar transferencia o delegación de derechos o poderes por parte de la Administración (por ejemplo: la concesión de personalidad jurídica).

Traslativas: Transfieren funciones o derechos propios de la administración a los concesionarios.

La concesión de dominio público ha sido definida como *“un título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular un derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio del particular y de la colectividad”*²¹⁷. Mediante la concesión de dominio público *“se constituyen en favor del particular derechos nuevos, particularmente, derechos de uso y goce exclusivos sobre bienes de dominio público”.*²¹⁸

²¹³ Demanial

²¹⁴ Reyes Riveros, op. cit. p. 202 y 203

²¹⁵ Marienhoff, Miguel, citado por Montt, op. cit. p. 317

²¹⁶ Reyes Riveros, op. cit. p. 211

²¹⁷ Lafuente Benaches, María Mercedes, citada por Montt, op. cit. p. 323

²¹⁸ Montt, op. cit. p. 323

Sobre los fundamentos de la concesión, se ha dicho que:

Constituye un título jurídico en virtud del cual los particulares obtienen el uso exclusivo y excluyente de un bien, respetando la titularidad de la Administración.

Permite y hace efectiva una utilización del bien demanial más provechosa que el uso común general.

Otorga una estabilidad jurídica mayor que el permiso.²¹⁹

Respecto de la naturaleza jurídica de la concesión, hay básicamente dos posiciones: los que la consideran como un acto jurídico administrativo unilateral de la Administración²²⁰ ²²¹; y los que estiman que es un contrato administrativo.²²²

Sobre los derechos que otorga la concesión al titular de ella se ha dicho:

El concesionario se encuentra en una situación de mera tolerancia respecto del bien demanial: Esta teoría es desechada, básicamente, porque como ya dijimos, no hay una situación de hecho permitida por la administración, sino que ésta, mediante un acto jurídico, la autoriza.

El concesionario adquiere un derecho subjetivo de carácter público: Este derecho es condicionado o debilitado, *“porque debe ceder toda vez que un interés público lo exija, mediante revocación.”*²²³

El derecho del concesionario es un derecho real de carácter administrativo: El derecho que otorga la Administración al dar un uso privativo que excluye a otros de determinado bien (o porción de éste), es necesariamente de naturaleza real. *“Hariou sostiene que la in comerciabilidad de los bienes del dominio público es relativa al comercio del Derecho Privado y no al del Derecho Administrativo. Como estos bienes están dentro del comercio del Derecho Administrativo, es posible la constitución sobre ellos de derechos reales de naturaleza administrativa en favor de particulares.”*²²⁴ Resumiendo los postulados de esta teoría, Reyes²²⁵ ha dicho que son:

“Los bienes públicos están dentro del comercio del Derecho Administrativo que permite operaciones sobre ellos, siempre que sean conciliables con la afectación del bien.

²¹⁹ Montt., op. cit. p. 324, 325 y 326

²²⁰ Existen dentro de esta tendencia dos sub-tendencias, la que considera que para su perfeccionamiento no se requiere la voluntad del particular y los que estiman que es necesaria para darle eficacia a la concesión.

²²¹ En este sentido se pronuncia Reyes Riveros

²²² En este sentido se pronuncia Montt Oyarzún.

²²³ Reyes Riveros, op. cit. p. 244

²²⁴ Reyes Riveros, op. cit. p. 248

²²⁵ Op. cit. p. 249

El Estado, como titular de la propiedad pública de los bienes dominicales, puede otorgar ocupaciones sobre dichos bienes que importan verdaderos derechos reales de naturaleza administrativa.

Los derechos reales administrativos se caracterizan por su precariedad y temporalidad.

La precariedad sólo importa la revocación del derecho del concesionario toda vez que una razón de interés público lo exija.

En todo otro supuesto, el derecho del concesionario es oponible a la Administración; y es oponible siempre a los terceros.

*El derecho de los concesionarios es un derecho de carácter patrimonial que está amparado por la garantía constitucional de la propiedad”.*²²⁶

A esta teoría adhiere Montt Oyarzún, en contra se pronuncia Claro Solar.²²⁷

Sobre la extinción de la concesión, la doctrina ha señalado que puede ser por: vencimiento del plazo, caducidad, la revocación por merito y por ilegitimidad, la desafectación del bien público, la renuncia del concesionario, el rescate, la muerte del concesionario y la quiebra de éste.²²⁸

Posteriormente nos referiremos a la caducidad y a la revocación, por ser estos, modos de extinguir los efectos de los actos administrativos aplicables también a la autorización y al permiso y por ser, además los más atingentes a nuestro estudio.

5.4.- Nuestra opinión:

Revisados los distintos actos administrativos, cabe determinar si alguno de ellos nos permite dilucidar la naturaleza jurídica del permiso de emisión transable o bien nos encontramos ante una figura jurídica nueva que no es posible encasillar dentro de los actos administrativos tradicionales.

Previo a continuar con nuestro análisis, debemos dejar en claro que cuando hablamos de “Permisos de Emisión Transables” (SPET) nos referimos al sistema establecido en el proyecto, pero en ningún caso significa que nuestra opinión sea que

²²⁶ Reyes Riveros, op. cit. p. 249

²²⁷ Según Claro Solar los Bienes Nacionales de Uso Público son intransferibles y por ello no susceptible de apropiación por particulares, “no pueden serlo tampoco de los derechos reales, desmembramiento del derecho de propiedad que dan a una persona sobre cosas ajenas partes de las facultades que constituyen el dominio y que restringen éste privado de ellas al dueño: la existencia de sobre los bienes públicos de derechos exclusivos en provecho de determinados individuos o en beneficio de los predios particulares, es contraria a la naturaleza de aquellos bienes”, citado por Montt, op. cit. p. 341.

²²⁸ Reyes Riveros, op. cit. p. 301, hacemos presente que en la opinión del referido autor la quiebra no produce la extinción de la concesión y la muerte sólo lo hace cuando la concesión es intuitu persona.

estamos en presencia de “permisos”.

Como primera cuestión, cabe a nuestro juicio rechazar que en la especie nos encontremos ante un permiso, dada la precariedad de dicho acto (según se vio latamente) y la gran importancia jurídico- económica que un SPET involucra.

Estimamos, que entender que la naturaleza jurídica de los “*permisos de emisión transables*” es un permiso, vulneraría el espíritu de la ley.

En efecto, el objeto de la ley, su propósito fundamental, como lo señala su artículo primero, es reducir las emisiones contaminantes en una zona geográfica determinada

Pues bien, para que ello acontezca, en la lógica de este instrumento, es necesario que se produzcan una serie de transacciones, se cree un mercado entre oferentes y demandantes de “*permisos de emisión*”, mientras más transacciones más eficiente el sistema, puesto que se estaría disminuyendo la contaminación ahí donde es más barato hacerlo. Si consideramos a los “*permisos de emisión*” desde la perspectiva de la doctrina administrativa como “permisos”, con la precariedad que ello implica, ninguna actividad económica va a realizar las inversiones (en tecnología, cambio de procesos productivos, etc.) necesarias para generar los bonos de descontaminación con lo que el sistema resultaría inoperante.

Se necesita que se cree una situación jurídica que otorgue un mayor grado de estabilidad a los involucrados.

No obstante lo recién expuesto, existen ciertas facultades de la administración contempladas en el proyecto de ley, a propósito de las sanciones, que introducen grados preocupantes de incertidumbre para los participantes del sistema que en cierta medida otorgan precariedad al “*permiso de emisión transable*”. Nos referimos específicamente, a la sanción de caducidad, la cual trataremos latamente más adelante

Desechando la idea que estemos frente a un permiso, a continuación, analizaremos si estamos en presencia de una *autorización* o de una *concesión*.

De acuerdo a la doctrina clásica administrativista, la diferencia fundamental entre autorización y concesión, estaría dado por la naturaleza declarativa y constitutiva de una y otra. Ramón Parada²²⁹ nos señala: “*No obstante, la diferencia de la autorización con la concesión, su género próximo, en la que teóricamente no existe un derecho preexistente del particular, sino que éste nace del acto concesional*”. Agregando, que esta diferencia resulta en ocasiones muy difíciles de establecer.

Desde esta perspectiva, los “*permisos de emisión*” cuentan con características tanto de la autorización como de la concesión, por una parte levantan las limitaciones existentes para que la empresa haga uso de su derecho preexistente al uso común del aire, otorgándole un cupo de emisión (que no es otra cosa que un derecho de uso y goce del aire); y por otra, crea un derecho nuevo, al permitirle a la fuente participante que transe a través de un bono de descontaminación la cantidad de sustancias contaminantes emitidas que haya logrado reducir, por debajo del cupo de emisión asignado.

No obstante lo recién expuesto, creemos que esta disquisición es irrelevante, toda

²²⁹ Parada, Ramón, obra citada, página 396.

vez que la doctrina administrativa está lejos de llegar a un acuerdo de cuales serían los elementos esenciales para que nos encontremos ante una hipótesis de autorización o de concesión, desdibujándose así sus límites: *“las diferencias entre autorización y concesión, son hoy meramente convencionales. El legislador utiliza una u otra técnica según pretenda aparentar (meramente aparentar) un nivel de intervención menor o mayor en la actividad controlada; pero la preexistencia o no de un derecho en el patrimonio del particular, el carácter constitutivo de una u otra y el carácter más o menos enérgico de las potestades de intervención son extremos que el legislador diseña después a su capricho.”*

230

Lo relevante a nuestro juicio es que la discusión frente a que tipo de acto administrativo estamos, tiene como trasfondo la mayor o menor seguridad jurídica que se le quiera otorgar al sistema. Los emisores querrán la mayor seguridad posible, para así realizar las inversiones y adecuaciones tecnológicas necesarias en un clima de tranquilidad, sabiendo ex antes los costos y beneficios que deberán enfrentar; por otra parte, habrá quienes desearán que haya una mayor flexibilidad en pos de la protección del medio ambiente, para el caso en que hayan modificaciones a las circunstancias que dieron origen al *permiso*.

En nuestra opinión, si bien debemos remitirnos a la ley que consagre el sistema para ver la mayor o menor seguridad jurídica que tenga éste, no debemos perder nunca de vista que estamos en presencia de *actos administrativos*²³¹ (sea que se les llame permiso, autorización o concesión) y que nuestra legislación regula, de manera genérica, la posibilidad de extinguir los efectos de éstos de manera unilateral por parte de la administración, a través de las instituciones de la *revocación, invalidación y caducidad*,²³² procediendo que las estudiemos en relación al proyecto en análisis:

Revocación

La revocación ha sido definida como *“Acto administrativo en virtud del cual se deja sin efecto un acto administrativo anterior y fundado en que así lo exige el interés público, esto es, por ser conveniente u oportuno a dicho interés”*.²³³

De la definición recién dada podemos extraer el fundamento de la revocación, que no es más que el interés público.

El acto administrativo en razón de ser regular se encuentra produciendo todos sus

²³⁰ Santamaría Pastor, citado por Andrea Rojas, David Lagos, “La autorización como Técnica de intervención administrativa” página 90 y 91. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídicas.

²³¹ El concepto de acto administrativo es definido en el artículo 3 de la ley 19.880- “Se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

²³² La revocación y la invalidación son reguladas por la ley 19.880, por su aplicación supletoria. La caducidad, en cambio esta regulada expresamente en el proyecto de ley de bonos de descontaminación.

²³³ Reyes Riveros, op. cit. p. 314

efectos, por lo que las consecuencias de la revocación necesariamente se van a producir hacia el futuro, esto es, una vez terminada íntegramente la tramitación del acto revocatorio.

Para que se pueda ejercer la facultad revocatoria de la administración es necesario que:

El órgano estatal esté dotado de la respectiva potestad.

El acto a revocar tiene que haberse constituido en contrario al interés general.

“La Administración debe conservar la titularidad de la relación producida sin haber agotado su competencia con la sola emisión del acto, no se puede revocar los actos cumplidos o agotados en sus efectos (...)”,²³⁴ como por ejemplo los actos de conocimiento, de juicio o razón.

Independientemente cual sea la naturaleza jurídica específica que le asignemos al *“permiso de emisión transable”*, ya sea autorización, concesión, o permiso, dichos actos tienen como común denominador, primero que son actos administrativos y segundo, el hecho de que amplían la esfera jurídica de los administrados, incorporando derechos subjetivos a su patrimonio.

Esta situación lleva aparejada que la administración vea limitada su facultad revocatoria, cuestión sostenida por la doctrina y refrendado por ley 19.880, normativa que resulta aplicable en virtud de su artículo 2²³⁵.

Al respecto se ha señalado que:

“La facultad de que dispone la administración para revocar sus propios actos no es ilimitada. Por el contrario, existen actos que no son susceptibles de esta modalidad de extinción de los efectos del acto administrativo. El fundamento de la limitación señalada obedece a la consideración elemental que indica que los actos administrativos se dictan con el propósito que produzcan consecuencias jurídicas, sea que sus efectos recaigan sobre los funcionarios o sobre los particulares (administrados). En consecuencia, los actos administrativos originarán derechos subjetivos o situaciones jurídicas amparadas por el ordenamiento jurídico. La incompetencia jurídica de la Administración para decretar de manera general, la revocación de sus propios actos encuentra fundamento en la Constitución Política, en la ley y, a veces, en los actos administrativos de carácter reglamentario.

Sostenemos que no pueden revocarse los actos administrativos regulares que hayan declarado derechos preexistentes a favor de terceros o que hayan significado un ensanchamiento de la esfera jurídica de los administrados”²³⁶

A su vez, Eduardo Soto-Kloss²³⁷ nos señala: “El acto administrativo -como todo acto

²³⁴ Montt, op. cit. p. 364

²³⁵ Ley 19.880, Artículo 2: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.”

²³⁶ Caldera Delgado Hugo, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen 2, página 129, 2001.

jurídico en general- posee autonomía propia una vez dictado e introducido en el ordenamiento jurídico; el autor de la decisión esta desprovisto de poder sobre el acto desde el instante en que lo dicta, de tal manera que para volver sobre él, tal autoridad deberá adaptar su conducta a las disposiciones normativas que hayan podido prever las condiciones en las cuales podrá “retomar” su competencia, recuperarla a fin de revocar su decisión primitiva.”

Sostenemos que el ordenamiento jurídico positivo limita la facultad revocatoria de la administración en el caso de los *permisos de emisión transables*, en consideración a los siguientes argumentos:

1.- El proyecto de ley no establece facultades para revocar los actos administrativos, volviendo sobre los ya dictados²³⁸ .

2.- Por prohibirlo la ley 19.880.

En efecto, la ley 19.880 si bien en su artículo 61 inciso primero establece como regla general la revocación de los actos administrativos por el órgano que los hubiere dictado, el inciso segundo en su letra a) y b) se encarga de limitar dicha facultad en determinados casos, señalándonos:

“La revocación no procederá en los siguientes casos:

Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;

Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos;”

Pues bien sucede, que el acto administrativo en virtud del cual se otorga el permiso de emisión, es posible de ser subsumido en ambos supuestos normativos.

Por una parte, si el permiso se otorga conforme a las leyes, crea derechos que ingresan (por lo tanto se adquieren), en la esfera jurídica patrimonial del administrado.

Por otra, la ley ha determinado expresamente una forma distinta de extinguir el acto, al señalarnos en el artículo 9 del proyecto *“Dicha asignación tendrá una duración de carácter indefinido durante la vigencia del sistema.”* Terminado el sistema el acto se extingue.

En consecuencia, la revocación de actos administrativos creadores de derechos adquiridos legítimamente o cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción, constituye materialmente una operación expropiatoria, y debe sujetarse a la normativa constitucional establecido al efecto.

²³⁷ Eduardo Soto Kloss, citado por Luis Soto Ilanes. “Sistemas de derechos por emisión transables” pagina 121. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas.

²³⁸ El profesor Calos Carmona Santander, en sus Apuntes de clases 2001 “Las Formas de actuación de la administración El acto administrativo” en su pág 41, establece como requisito para que opere la revocación la potestad revocatoria. *“ Para extinguir una relación administrativa mediante un acto posterior, es menester que él órgano tenga potestad para revocar. Ello es consecuencia de que una vez dictado un acto, este adquiere vida propia, de modo que la autoridad que lo dictó, para poder volver sobre él, debe tener potestad para ello.”*

No obstante lo anterior, y aún en el caso de no ser posible subsumir el acto administrativo en las letras a), b) y c) del artículo 61 de la ley 19.880, y que, por ende, éste pudiere ser revocado, estimamos que así todo surge la obligación del Estado de indemnizar, cuando dichos actos administrativos otorguen al beneficiario una situación de confianza legítima.

Sostenemos, siguiendo a Montt, que *“la revocación de actos administrativos que otorgan a su beneficiario una situación de confianza legítima (Seguridad Jurídica), constituye una operación lesiva y como tal da origen a responsabilidad patrimonial de la Administración”*²³⁹.

En efecto, de acuerdo al artículo 38 N°2 de la Carta Fundamental *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*.

Un particular no tiene porque soportar un acto administrativo lesivo para sus intereses, a menos que la situación dañosa *“no esté cubierta por el principio de la confianza legítima (Seguridad Jurídica). Existen ciertos actos administrativos o aspectos de los mismos, que no otorgando derechos subjetivos perfectos en sentido estricto, si otorgan en cambio a su beneficiario la confianza legítima necesaria para realizar disposiciones patrimoniales de diversa índole, tales como inversiones, adquisiciones, etc. En tales casos, una posterior revocación del acto lleva consigo la esterilización de la actividad económica realizada, y por ello un perjuicio patrimonial”*.²⁴⁰ *“No se trata de una compensación por la pérdida del acto administrativo, sino por los actos de disposición patrimonial que tienen lugar confiando en la permanencia del acto administrativo”*²⁴¹

En la especie, la ausencia de facultades revocatorias por parte de la administración, podría interpretarse como que el interés público (que en este caso dice relación con el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y la salud de las personas), quedaría desprotegido frente a circunstancias posteriores que hagan necesaria la intervención del sistema.

Sin embargo, estimamos que no existe tal desprotección, ya que el derecho que se tiene sobre el acto administrativo se encuentra circunscrito desde sus orígenes, por las limitaciones y restricciones establecidas en los artículos 21 y 22 del proyecto de ley.

Dichos artículos permiten limitar la cantidad de permisos de emisión que puede utilizar la fuente o establecer limitaciones estacionales, diarias y horarias al uso de los permisos, entre otras²⁴².

Invalidación

La invalidación consiste en la extinción de un acto administrativo contrario a derecho,

²³⁹ Montt, obra citada, pág 372 y 373

²⁴⁰ Montt, op. cit. p. 375

²⁴¹ Velasco Caballero, citado por Montt, op. cit. p. 375 y 376

es distinta de la revocación, pero cuenta con similitudes, debido a que ambas constituyen medios de retiro efectuados por el mismo poder que emite el acto, la diferencia radica en que mediante la revocación se retira un acto válido que está produciendo plenamente sus efectos por motivos de interés público, en cambio, mediante la invalidación se retira un acto en razón de sus vicios.

El proyecto de ley, al igual que en el caso de la revocación, no hace mención expresa a la invalidación, pero debe entenderse aplicable la ley 19.880, en virtud de lo dispuesto en su artículo 2.²⁴³

La invalidación puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte, debiendo efectuarse previa audiencia del interesado. La autoridad para poder invalidar el acto tendrá un plazo de 2 años, que se cuentan desde la notificación o publicación del acto que se pretende invalidar.

La invalidación puede ser total o parcial, la parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia en procedimiento breve y sumario.²⁴⁴

Los efectos de la invalidación operan retroactivamente, eliminando los provocados por el acto invalidado.

La causal de procedencia de la invalidación es, según la ley 19.880, la existencia de actos contrarios a derecho. A su vez, la Contraloría ha agregado como causal que el acto se haya fundado en supuestos erróneos, las que deben afectar esencialmente el contenido de los mismos.²⁴⁵

c) Caducidad:

²⁴² Otro argumento para sostener que el interés público no se encontraría desprotegido, nos lo da la Jurisprudencia de la Contraloría N° 20.477 del 20 de Mayo de 2003. De dicha jurisprudencia se puede extraer como criterio, que en determinados casos, de existir un cambio en las condiciones ambientales, la administración podría llegar a modificar (no extinguir los efectos) el acto administrativo. Se señala a propósito de los planes de seguimiento de las variables ambientales, que es posible la modificación de una Resolución de Calificación Ambiental por cambio en las condiciones ambientales, cuando dichas variables no evolucionen de acuerdo a lo previsto. Se configura una situación no regulada explícitamente en la ley, pero fuerza es concluir, que quien haya aprobado el estudio de impacto ambiental, se encuentra en el deber de adecuar la resolución de que se trate, señalando que dichas modificaciones a las resoluciones de calificación ambiental contarán con una doble restricción, ya que procederán exclusivamente cuando las variables ambientales no evolucionan de acuerdo a lo previsto, y solo permiten adoptar las medidas necesarias para corregir esa situación.

²⁴³ Ley 19.880, Artículo 2: "Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa."

²⁴⁴ La ley 19.880 en su artículo 53 establece: "Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada. El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los tribunales de justicia, en procedimiento breve y sumario."

La caducidad esta regulada a propósito de las sanciones en el artículo 40 del proyecto de ley, señalándonos que puede ser total o parcial.

Sin embargo, el proyecto no señala en que consiste, ni tampoco las causales que justifican su imposición.

Lo que sí resulta claro, es que independiente de la naturaleza jurídica que le asignemos al acto, la caducidad va a resultar aplicable por estar expresamente contemplada como sanción en el proyecto de ley.

La doctrina nos señala que la caducidad consiste en *“una sanción que pone termino a los efectos que estaba produciendo un acto administrativo regular, por incumplimiento de alguno de los deberes que el acto imponía al beneficiario de aquel”*²⁴⁶

La caducidad, al igual que la revocación, al extinguir los efectos de un acto regular opera hacia el futuro, esto es, desde la fecha del acto que declara la caducidad.

La manera genérica como se encuentra regulada la sanción de caducidad, así como el resto de las sanciones contempladas en el proyecto, merece serios reparos, los que fueron abordados en el capítulo 4, por lo que no ahondaremos nuevamente en esta materia, solo basta decir que constituye un fuerte elemento de incertidumbre para los tenedores de permisos.

5.5.- Comentarios finales:

La determinación de la naturaleza jurídica de los permisos de emisión transable ha sido objeto de fuertes debates en el derecho comparado, que de alguna u otra forma replican en nuestro medio.

Se suele afirmar que estamos ante una privatización de una cosa común a todos los hombres, como es el aire.

Sin embargo, creemos que la afirmación anterior es errada, toda vez que el SPET, lo que hace es regular el uso del aire, no pretendiendo asignar derechos de propiedad sobre él.

La CPR es clara, los bienes comunes a todos los hombres son inapropiables, sin embargo, la administración está facultada para regular su uso.

²⁴⁵ La Jurisprudencia de la Contraloría N° 20.477 del 20 de Mayo de 2003 nos señala: *“ En efecto y tal como lo ha precisado una reiterada jurisprudencia administrativa, contenida , entre otros, en los dictámenes N°s 16.013 de 1969, 8.099 de 1973,30.885 de 1992,16.820 de 1993, 4.922 de 1994,1.001 de 2000 y 46.234 de 2001, con el propósito de proteger el principio de juricidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la Republica, y reiterado en el artículo 2 de la citada ley N° 18.575, la Administración tiene la facultad y , más aún el deber de invalidar los actos administrativos en el evento en que se compruebe fehacientemente la existencia de vicios de legalidad o que el mismo se haya fundado en supuestos erróneos , todos los cuales deben afectar esencialmente el contenido de los mismos”*

²⁴⁶ Caldera Delgado, Hugo, Pág. 138, obra citada.

Respecto a la naturaleza jurídica que deben tener los “permisos” se han podido apreciar dos posturas contrapuestas.

Por una parte, muchos economistas, el sector empresarial y organizaciones afines, estiman que sobre los “permisos” debieran existir derechos de propiedad plenos, para efectos de proteger los incentivos de invertir en el recurso. Una confiscación de derechos podría perjudicar el proceso entero.

Ejemplo de esta postura la encontramos en el boletín 3290-12 del Instituto Libertad y Desarrollo, que señala *“El proyecto no genera un derecho de propiedad pleno sobre el bono, lo que sería deseable”*

Por otra parte, el sector ambiental, sostiene que el aire es común a todos los hombres y por un asunto de ética los permisos no debieran otorgar propiedad privada.

Desde esta perspectiva, ningún fin justifica la transferencia de un derecho que pertenece a todos a un privado.

En esta línea parece encontrarse Fernando Dougnac²⁴⁷, quien señala: *“El problema es que detrás de estas aparentes exitosas formulas se esconde el disfrazar el mal del bien. De esta manera, se introduce lenta pero eficazmente un cierto relativismo, donde al fin y al cabo, el fin justifica los medios”*

En la práctica la solución a este conflicto se ha dado buscando un punto intermedio, en donde se pretende dar *“seguridad a los tenedores de permisos, dejándoles en claro que los permisos no son derechos de propiedad.”*²⁴⁸

Un ejemplo de lo anterior lo constituye la US, Clean Air Act, que al tratar el programa de asignación de azufre señala:

“Una asignación bajo este titulo es una autorización limitada para emitir dióxido de azufre.....Esta asignación no constituye derecho de propiedad” (104 Stat 2591)

Tietenberg,²⁴⁹ expresa que *“en la práctica se espera que los administradores reconozcan la seguridad necesaria, para proteger las inversiones en control, no “confiscando” de manera arbitraria los derechos. Sin embargo, la administración no renuncia a la posibilidad de cambiar los controles requeridos cuando las necesidades surjan.*

En el caso concreto, los administradores no se verán inhibidos por la necesidad de pagar compensaciones por sacar una porción de la autorización para emitir como lo estarían si las asignaciones fueran acordadas con un status de derecho de propiedad.

Es un compromiso un tanto complicado, pero parece haber funcionado.”

²⁴⁷ Observaciones de Fernando Dougnac al proyecto de ley sobre bonos de emisión.

²⁴⁸ Tietenberg, Tom, The tradable Permits Approach to protecting the commons: What have we learned?, pág 8, <http://www.colby.edu/personal/thtieten/>, traducción libre, “The practical resolution of this conflict has been to attempt to give adequate(as opposed to complete) security to the permits holders, while making it clear that permits are not property rights.”

²⁴⁹ Tietenberg, Tom, obra citada, pág 8, traducción libre.

¿Opera el proyecto de ley en esta lógica?

Podemos sostener, que este compromiso complejo del que habla Tietenberg, que busca un equilibrio entre dar seguridad a los tenedores de permisos, pero a su vez, dar flexibilidad a la administración para hacer frente a las necesidades que surjan cuando el interés público se vea comprometido, se inclina, de la manera como está actualmente el proyecto, por dar una mayor flexibilidad a la administración. Sostenemos esto por tres razones:

1- Porque los límites al uso y transacciones a que pueden estar sujetos los permisos y bonos en virtud del artículo 21 del proyecto otorgan un amplio grado de maniobra a la administración.

2- Porque en virtud del título final del proyecto se seguirá aplicando, además del sistema de permisos de emisión, la normativa vigente.

3- Porque las sanciones están reguladas de manera tan genérica que pueden llevar a que se deje sin efecto las asignaciones de permisos de emisión en un sinnúmero de casos, lo que en los hechos podría llevar a una gran precariedad del acto.

Por último, quisiéramos agregar, que dado que los límites y diferencias entre los diversos actos administrativos estudiados, actualmente son difusos y más que aportar claridad al tema tienden a inducir a equívocos, estimamos que no debiese emplearse por el proyecto de ley, la expresión “permisos de emisión”, esto en atención a que podría inducir a un interprete a sostener, siguiendo a una parte de la doctrina, que estamos en presencia de un acto precario, esencialmente revocable. Por ello creemos que la expresión más acertada es “derechos de emisión”²⁵⁰, así no cabrán dudas que las características, limitaciones, naturaleza quedan definidas en la propia ley que los crea.

²⁵⁰ Expresión utilizada por la Directiva de la Unión Europea sobre Comercio Derechos de Emisión.

Conclusiones

Para efectos expositivos, las conclusiones a las que hemos llegado a lo largo de este trabajo, serán expuestas enumeradamente. Se ha preferido escribirlas en acápite de limitada extensión, con el fin de dar más fácil y rápida comprensión.

Los Permisos de emisión transable constituyen una alternativa, dentro de una amplia gama de instrumentos de gestión ambiental, con que cuenta la autoridad para dar cumplimiento a su política ambiental y alcanzar los niveles deseados de calidad.

Creemos que no es adecuado “a priori” y en abstracto preferir un instrumento sobre otro, deberá, dependiendo de las circunstancias, optarse por aquel que sea efectivo y además que presente la mejor relación costo-efectividad. Así por ejemplo, un contaminante que tenga una alta peligrosidad para la salud de las personas, no debería ser objeto de un SPET, siendo preferible optar por instrumentos de comando y control, prohibiendo o regulando de manera estricta su uso.

En el caso concreto del proyecto y dada su clara orientación hacia la Región Metropolitana ¿por qué sería recomendable implementar un SPET?

Primero, porque presenta la característica de establecer un límite agregado a las emisiones del contaminante regulado, esto independiente de que se sumen fuentes a la zona geográfica en donde opere el sistema.

Segundo, porque constituyen un sistema costo efectivo de reducir la contaminación. Según estudios de CONAMA el ahorro de implementar este sistema será de alrededor de 180 millones de dólares ²⁵¹.

Tercero, destacados economistas recomiendan su implementación, Tietenberg, Montero, entre otros.

Cuarto, otorga adecuados incentivos para la innovación tecnológica.

Por último, la implementación del SPET, está consagrada como instrumento de gestión ambiental desde los inicios de la Ley de Bases del Medio Ambiente, existiendo un mandato para su implementación, que se encuentra inconcluso.

La experiencia internacional sobre Permisos de Emisión Transables tienden a demostrar su efectividad (por lo menos en cuanto a la contaminación atmosférica), encontrándonos con interesantes y exitosas experiencias. Así tenemos los ejemplos del Programa de la Lluvia Ácida, el Reclaim Californiano y el plomo en las bencinas (todos en Estados Unidos).

Por otra parte, existe una tendencia mundial a implementar estos sistemas, teniendo los ejemplos del Protocolo de Kyoto y la Directiva Europea de Derechos de Emisión.

Existe una experiencia embrionaria en Chile de Permisos de Emisión, consagrados en el Decreto Supremo N°4 de 1992, que, según los estudios, no ha resultado de la mejor manera por la cantidad de trabas que se le impusieron al Sistema, lo que en definitiva le resta liquidez. No obstante ello, durante la vigencia del decreto la contaminación ha disminuido, pero dicho logro se explica por otros motivos (introducción del gas natural como combustible).

Mediante un SPET, los permisos de emisión, adquirirán un valor económico, que ingresará al patrimonio de su tenedor, contando con un activo del que antes carecía. Desde esta perspectiva, las fuentes verán mejorada su situación.

Los terceros, en el caso de que el sistema reduzca la contaminación, también se verán favorecidos, y en ningún caso podrán encontrarse en peor situación, ya que la aplicación del sistema no exige a las fuentes de cumplir las demás obligaciones de carácter ambiental establecidas o que se establezcan con posterioridad. Lo anterior nos lleva a concluir que estamos ante una situación eficiente (entendida ésta como la asignación de recursos que maximiza el valor), tanto en el sentido paretiano como de Kaldor- Hicks.²⁵²

Con lo anterior no queremos sostener que la eficiencia sea el único valor deseable en nuestra sociedad, solo que es un argumento importante

Desde la perspectiva de la equidad al uso de los recursos naturales, se critica el proyecto desde un punto de vista distributivo, por cuanto se privilegia a una minoría por sobre quienes no contaminan.

²⁵¹ López Gianni, Serie ambiental N° 12, Bonos de Descontaminación una solución para Chile, Agosto de 2003, Libertad y desarrollo. Pág 22

²⁵² Posner, Richard, “Naturaleza del razonamiento económico”, 1998, pág 21 nos señala “ *Una transacción superior en el sentido de Pareto es aquella que mejora la posición de al menos una persona, sin empeorar la posición de nadie*” a su vez señala que el concepto de eficiencia de Kaldor Hickas es aquel en que “ *los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque efectivamente no lo hagan*”

Desde la perspectiva de la adecuación del proyecto a nuestra CPR, concluimos que en general se ajusta a ella. No obstante lo anterior, existe un punto conflictivo que dice relación con las sanciones administrativas, creemos que la manera como están reguladas, atenta contra las garantías del debido proceso y ciertas garantías penales establecidas en la CPR (que de acuerdo a las doctrinas más modernas del Derecho Administrativo son aplicables a éste), por lo que se recomienda una revisión en esta materia.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los “Permisos de Emisión Transables”, concluimos que estamos en presencia de un acto administrativo creador de derechos, que se incorporan a la esfera jurídica de los particulares, contando respecto de ellos con un derecho de propiedad. El trasfondo de la discusión acerca de la naturaleza jurídica del “permiso” no es otro que el de la certeza jurídica que el instrumento lleva aparejado. Para dilucidar lo anterior tendremos que recurrir a la propia ley que los crea y a la normativa existente respecto de los actos administrativo (desde la perspectiva de la seguridad jurídica resulta indiferente la clasificación administrativa que se le dé al acto, ya sea permiso, autorización o concesión, ya que la posibilidad de la administración de extinguir o modificar los efectos de los actos, volviendo sobre los ya dictados, esta regulada a propósito del concepto genérico de acto administrativo.)

Sostenemos que respecto de los “permisos” no procede la revocación; la invalidación procederá según las normas generales y la caducidad en los casos establecidos en el proyecto.

Nos parece en general un proyecto bien estructurado, que merece ciertos repararos, los cuales hemos comentado durante este trabajo

BIBLIOGRAFIA

- AEPA, “Unos US\$ 350 millones se transarán en Bonos de Descontaminación por año”, www.aepa.cl
- Azqueta, Diego “Introducción a la Economía Ambiental” McGraw-Hill, 2002.
- Barde, Jean Philippe, “Historia y evolución de los instrumentos fiscales relacionados con el medio ambiente en los países de la OCDE” ponencia compilada por el Instituto Nacional de Ecología de México, 2002, bajo el título impuestos ambientales disponible en www.ine.gob.mx ,
- Bermúdez Soto, Jorge y otros “Los permisos de emisión transables en la ley nº 19.300 y su consagración en el proyecto de ley de bonos de descontaminación” Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XVI, Julio de 2004, p. 131-145.
- Bermúdez Soto, Jorge, “Elementos para definir las sanciones administrativas” Revista Chilena de Derecho, Número especial, 1998.
- Bórquez Yungue, José Manuel, “Introducción al Derecho Ambiental Chileno y Comparado”, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Braathen, Nils Axel, “Diseño y eficacia de los impuestos ambientales”, compilado por el Instituto Nacional de Ecología de México, 2002, bajo el título impuestos ambientales, págs 43 y siguientes disponible en www.ine.gob.mx.....
- Caldera Delgado, Hugo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Volumen 2, 2001.
- Carmona Santander, Carlos, “Las formas de actuación de la administración. El acto

- administrativo” Apuntes de clases 2001.
- Cea Egaña, José Luis *“Tratado de la Constitución de 1980”*, Editorial Jurídica de Chile 1988.
- Celaya Bastidas, *“Naturaleza Jurídica de los Permisos de Emisión Transables”*, Tesis para optar al grado académico de Magíster en Derecho de la empresa. PUC.
- CEPAL serie N° 31 Medio ambiente y desarrollo 2001.
- CONAMA, “Protocolo de Kyoto”, www.conama.cl
- CONAMA. “El Fondo Prototipo del Carbono en América Latina: Lecciones Aprendidas”, Fernández-Asín, Francisco, publicaciones “En Breve” del Banco Mundial, Noviembre de 2002, número 13.
- CONAMA, “Chile Lidera Mercado Global de Venta de Reducciones de CO2”, www.conama.cl
- Cordero Vega, Luis, *“Justificación de la Intervención Administrativa en el Medio Ambiente”*; Primeras Jornadas Ambientales de Derecho Ambiental, CONAMA y Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile, Junio de 2003.
- Del Favero, Gabriel, Katz, Ricardo, “Gestión Ambiental ¿Cómo avanzar?” CEP.
- Del Favero, Gabriel. *“Ley de Bases Generales del Medio Ambiente”*, Revista del Centro de Estudios Públicos, número 54, pp. 4 - 5, Otoño 1994.
- Department for Environment Food and Rural Affairs
<http://www.defra.gov.uk/environment/climatechange/trading/eu/index.htm>
- Dougnac, Fernando “Observaciones al proyecto de ley sobre bonos de emisión.” Inédito.
- EDITEC, “Hidroeléctrica Guardia Vieja, Pionera en certificación de bonos por reducción de CO2”, www.editec.cl
- “EL MERCURIO”, 30 de marzo de 2005, Edición Especial Bonos de Carbono, p. 3
- EMOL, www.emol.cl , 31 de diciembre de 2004, “UE: Venta de derechos de emisión CO2 comienza a funcionar mañana”
- Escudero Illanes, María, “Instrumentos económicos para la descontaminación atmosférica de la Región Metropolitana: sistema de permisos de emisión transables” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile.
- European Environment Agency “Recent developments in the use of environmental taxes in the European Union”, disponible en http://reports.eea.eu.int/environmental_taxes_in_EU/en/taxes.pdf
- Evans de la Cuadra, Enrique; *“Los Derechos Constitucionales”*, t. II, Editorial Jurídica de Chile 1986.
- Fernández Bitterlich, Pedro; “Manual de Derecho Ambiental Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Fermaindos Vöhringer, Arturo, *“Derecho Constitucional Económico”*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.
- Field C., Barry “Economía ambiental” McCraw-Hill 2003.

- Hardyn, Garret "The tragedy of the commons", Science Magazine N° 162, 1968, págs, 1243-1248,
- Instituto Libertad y Desarrollo, Boletín 3290-12, de 25 de Julio de 2003.
- Instituto Libertad y Desarrollo, Serie informe ambiental N°12, Agosto de 2003.
- Jordano Fraga, Jesús. "La protección a un medio ambiente adecuado", Ed. Jesús María Bosh, 1995.
- Katz, Ricardo, "El uso de permisos de emisión comercializables para el control de la contaminación atmosférica de Santiago", en Economía Ambiental, lecciones de América Latina, Instituto Nacional de Ecología, México, disponible en www.ine.gob.mx
- Lavín Valdés, Julio "Garantías Constitucionales y Regulación Ambiental. Aspectos Jurídicos de la Gestión Ambientalmente adecuada de Residuos", Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental, CEPAL / Fundación Friedrich Ebert.
- Lavín Valdés, Julio, "Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente", en XXV, Revista Chilena de Derecho, N°1, 1998.
- Montt Oyarzún, Santiago, "El Dominio Público", Cono Sur 2002.
- Montero, Juan Pablo, Sanchez José Miguel y Katz Ricardo "Análisis del Mercado de Emisiones de Material Particulado en Santiago, Estudios Públicos 81 (verano 2001).
- OCDE, "Evaluaciones del desempeño ambiental CHILE", 2005.
- O'Ryan, Raúl y Ulloa, Andrés "Instrumentos de Regulación Ambiental en Chile, Algunos desafíos".
- Palacios Milagro y Chávez, Carlos "Programa de Compensación de Emisiones: Evaluación del Diseño de Fiscalización y su Cumplimiento", Estudios Públicos 88 (primavera 2002).
- Parada, Ramón, "Derecho Administrativo", volumen 1, Parte General, Quinta Edición .
- Peñailillo Arévalo, Daniel. "Los bienes. La propiedad y otros derechos reales". Editorial Jurídica de Chile.
- Pérez, Clemente, Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. 2, año 2000.
- Quirós Lobos, José Mario, "Principios de Derecho Sancionador", Comares, 1996
- Que Pasa, Revista, 30 de Agosto de 2002, "El modelo californiano que imitará Chile".
- Reyes Rivero, Jorge, "Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público", Editorial Jurídica de Chile 1960.
- Rojas, Andrea y David Lagos, "La autorización como Técnica de intervención administrativa". Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídicas.
- Rozas Vial, Fernando, "Los Bienes", Editorial Jurídica Cono Sur, 1998.
- Soto, Luis. "Sistema de derechos por emisiones transables", memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 1993,
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, "Principios de derecho administrativo", volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- Tallar, Fernando, "Segundas Jornadas Nacionales de Derecho ambiental" Editorial lexis nexis, 2004.

Tietenberg, Tom, “The tradable Permits Approach to Protecting the Commons: What Have We Learned?”

www.colby.edu/personal/thtieten/ , traducción libre.

Tietenberg, Tom; “*Control de la Contaminación Atmosférica en Santiago: Aplicación del Sistema de Emisiones Transables*”, Revista del Centro de Estudios Públicos, 61, Verano 1996.

Ugarte, José Joaquín “Limitaciones al dominio, de las meras restricciones y de cuando dan lugar a la indemnización”. Revista Chilena de derecho, Vol 28 N°2, pp. 425-448(2001), sección estudios.

Valdés Domingo. La discriminación arbitraria en el derecho económico: especialmente en la legislación antimonopólica. Editorial jurídica Conosur, 1992.

Valenzuela, Rafael, Revista de la CEPAL, N° 45, Naciones Unidas - Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, diciembre de 1991.

Verdugo, Pfeffer y Nogueira en “*Derecho Constitucional*”,t. I; Editorial Jurídica de Chile, 1994.

Vergara Fisher, Javier, “Congreso Internacional de Derecho del Medio Ambiente”, Editorial Jurídica Conosur, 1998