



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**DIFERENCIAS DE LOS MODELOS DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL
DE PROYECTOS CON RCA Y PROYECTOS SIN RCA, ANÁLISIS A
PARTIR DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DE FAENAS MINERAS DE LA
REGIÓN DE ANTOFAGASTA**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Francisco Javier Loeser Edwards

Profesores guía:

Pilar Moraga Sariego

Ximena Insunza Corvalán

Santiago, Chile

2018

Índice

A. **Introducción.** [5]

B. **Capítulo 1: Diferencias teóricas entre los modelos de fiscalización ambiental de proyectos con RCA y aquellos sin RCA.** [15]

A. Modelo de fiscalización ambiental de proyectos con RCA. [15]

- i. Breve análisis histórico. [15]
- ii. Análisis de competencias en fiscalización de proyectos con RCA. [18]
- iii. Procedimiento, facultades y alternativas de fiscalización. [20]
- iv. Sanciones [24]

B. Modelo de fiscalización ambiental de proyectos sin RCA. [28]

- i. Breve análisis histórico [28]
- ii. Análisis de competencias en fiscalización de proyectos sin RCA. [32]
- iii. Procedimiento, facultades y alternativas de fiscalización. [33]
- iv. Sanciones. [40]

C. **Capítulo 2: Diferencias prácticas y análisis crítico de los modelos de fiscalización ambiental de proyectos con RCA y aquellos sin RCA.** [47]

A. Diferencias prácticas de los modelos de fiscalización ambiental con RCA y aquellos sin RCA, análisis a partir del estudio de fiscalizaciones realizadas entre los años 2013 y 2016 a proyectos mineros en la región de Antofagasta. [47]

- i. Antecedentes generales y precisiones metodológicas. [47]
- ii. Fiscalización de proyectos mineros con RCA, ubicados en la región de Antofagasta. [50]
- iii. Fiscalización de proyectos mineros sin RCA, ubicados en la región de Antofagasta. [57]

B. Análisis crítico de los modelos de fiscalización ambiental de proyectos con RCA y aquellos sin RCA. [61]

- i. Análisis crítico al modelo de fiscalización ambiental de proyectos con RCA [61]
- ii. Análisis crítico al modelo de fiscalización ambiental de proyectos sin RCA. [66]

iii. Análisis crítico a la convivencia de ambos modelos de fiscalización en el sistema chileno. [61]

iv. Jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental y giro jurisprudencial de la Corte Suprema. [75]

D. Conclusiones. [81]

E. Bibliografía. [85]

Resumen

Este trabajo realiza una comparación de los dos modelos de fiscalización ambiental que conviven actualmente en Chile, en base a criterios cualitativos y cuantitativos, se pretende comparar la fiscalización ambiental de proyectos que cuentan con RCA favorable, con la fiscalización de proyectos que no cuentan con dicho instrumento de gestión. Este contraste, en primer lugar, se centra en el diseño formal de ambos modelos de fiscalización, en segundo lugar, se busca realizar un análisis práctico, por un lado, basándose en el estudio del estado actual de la fiscalización ambiental de faenas mineras dentro de la región de Antofagasta, por otro lado, dando cuenta de las principales críticas que han tenido ambos sistemas.

A. Introducción.

Con la dictación de la Ley 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), se buscó dar respuesta a una serie de problemas relativos a carencias de instituciones para hacer frente a las necesidades que la protección del Medio Ambiente requería en Chile, particularmente la creación de la SMA venía, entre otras cosas, a dar solución a los problemas de fiscalización ambiental de proyectos en operación y al cumplimiento de la normativa ambiental.

Ya en el año 2005, la Organización de Cooperación de Desarrollo Económico (OCDE) advertía en el documento de “Evaluación del Desempeño Ambiental de Chile”, de los problemas que significaba la sectorialización de la fiscalización ambiental en Chile, recomendado al país “*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.*¹” Así, con la creación de la SMA, se buscaba dar alguna respuesta a los distintos problemas ocasionados por la sectorialización de la fiscalización ambiental, entre ellos, estaban el hecho de que las agencias sectoriales carecían de una mirada puramente ambiental, la existencia de duplicidad de funciones, carencias

¹ OCDE. Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile. Environmental Performance Reviews, Naciones Unidas, CEPAL, Chile.2005. P. 18.

presupuestarias y de metodológicas de fiscalización, diferencia de criterios en multas y sanciones, entre otros problemas.²

En el mensaje presidencial de la Ley 20.417 se señalaba explícitamente que nuestro modelo de fiscalización era altamente ineficiente y que era necesario contar con una autoridad que unifique los criterios, procedimientos e incentivos de las normativas ambientales.³ La SMA tenía como misión convertirse en esta autoridad encargada de la fiscalización del cumplimiento de la distinta y dispersa normativa ambiental existente.

El siguiente trabajo busca dar cuenta de las diferencias teóricas y prácticas de los modelos de fiscalización ambiental que, con la entrada en vigencia de la SMA, se produjo entre los proyectos que contaban con Resolución de Calificación Ambiental (RCA) y aquellos que no contaban con RCA, debido a que su actividad era anterior a la creación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) o a que eran proyectos no considerados en la Ley 19.300. Lo anterior, en tanto la SMA, conforme a la Ley 20.417, tiene competencia para fiscalizar y sancionar proyectos que cuenten con RCA favorable, pero no así a aquellos proyectos que no cuenten con dicho instrumento de gestión ambiental.

Para focalizar el siguiente trabajo, se buscará concentrar el análisis práctico en el estudio de las operaciones de fiscalización ambiental de los proyectos de faenas mineras en la segunda región del país, Antofagasta, esta decisión de poner el foco en los proyectos mineros, se justifica ya que en la industria minera, al ser una de las más antiguas de nuestro país, muchos de sus proyectos no poseen RCA, principalmente por ser anteriores al SEIA, por otra parte, estas faenas muchas veces funcionan en base a procedimientos, proyectos y maquinarias muy antiguas, con lo que tienen una mayor dificultad para cumplir la normativa ambiental. Es por esto que urge que sus sistemas de fiscalización y sanción sean efectivos y oportunos entendiendo que de no serlos, por las condiciones de la industria, es susceptible de ocasionar graves impactos al medio ambiente. Por otra parte, se limitará al análisis práctico a los casos

² KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 2015. P. 269.

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. P. 13.

de la región de Antofagasta ya que ella concentra una parte significativa de los proyectos mineros del país.

El análisis de las diferencias en la fiscalización ambiental de proyectos mineros, con y sin RCA, tiene un gran interés ya que a 20 años de la dictación del Reglamento del SEIA, que da inicio a la entrada en vigencia del Sistema, aún existen proyectos mineros que no han evaluado sus impactos ambientales, lo anterior exige que su fiscalización sea más eficiente y completa, considerando los peligros al medio ambiente que pudiese significar un incumplimiento de la normativa ambiental en estas materias. De esta forma, el análisis de los distintos modelos de fiscalización ambiental que operan actualmente en Chile, puede dar algunas luces sobre la necesidad o posibilidad de realizar algunos cambios en la institucionalidad ambiental en Chile, ya sea obligando a proyectos mineros antiguos a ingresar al SEIA, entregándole competencia a la SMA para fiscalizar proyectos sin RCA o bien reformulando el sistema de tal forma que tanto la fiscalización de proyectos con RCA como los que no la poseen, sea llevada a cabo de forma eficiente y completa, asegurando el cumplimiento de la normativa ambiental y la protección del medio.

Para despejar la problemática descrita anteriormente, en primer lugar, se explicará de manera breve la falta de existencia de una obligación de ingresar al SEIA de los proyectos anteriores a la vigencia del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en el año 1997, para luego, en base a ello, establecer los alcances de las competencias de fiscalización y sanción de la SMA relativas a proyectos en ejecución y las competencias de fiscalización de proyectos que, luego de la entrada en vigencia de la Ley 20.417, corresponden a los distintos organismos sectoriales.

El año 1994, con la dictación de la Ley 19.300, Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se estableció la obligatoriedad de ser evaluados en el SEIA a aquellos proyectos susceptibles de causar un impacto ambiental, ello conforme al artículo 10 de la misma Ley. El proyecto de Ley original, contemplaba un artículo segundo transitorio que señalaba“.- La autoridad competente podrá solicitar a los responsables de las obras y actividades incluidas en el artículo 11°, que estén en construcción u operación a la fecha de entrada en vigencia de la

presente Ley, la presentación de una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda ...”⁴. Dicho artículo fue retirado por indicación del poder ejecutivo y aprobación de la Comisión de Medio ambiente del Senado de la época, cerrando así la puerta para que proyectos anteriores a la vigencia del SEIA tengan la obligación de ingresar al Sistema si sus proyectos son susceptibles de causar algún impacto ambiental.

De esta forma, la obligación de ingresar al SEIA se restringió a los nuevos proyectos contenidos en el artículo 10 de la Ley 19.300, y a aquellas modificaciones de proyecto o actividad, posteriores a la vigencia de la Ley 19.300, que impliquen cambios de consideración conforme al artículo 2 letra “d” del Reglamento del SEIA. Este criterio ha sido confirmado por la Contraloría General de la República en su dictamen N°66261 del 19 de agosto de 2015, en él señala: *“aquellos proyectos que se ejecutaron antes de la vigencia del SEIA no deben someterse a ese sistema, lo que no puede extenderse a las modificaciones de dichos proyectos, ejecutados con posterioridad a tal vigencia, que impliquen cambios de consideración que de acuerdo a esa preceptiva corresponda sean evaluados”*⁵. (Mismo criterio utilizado en los dictámenes N°s. 18.436, de 2003 y 27.856, de 2005).

Ya habiendo despejado, grosso modo, la diferencia entre los proyectos que deben ingresar al SEIA y aquellos que no, habría que determinar qué relevancia tiene ello en cuanto a las competencias de fiscalización de la SMA, particularmente se vuelve necesario distinguir entre los proyectos que tienen RCA favorable de los que no. Antes de ello, cabe hacer presente que existen proyectos, tanto anteriores como posteriores a la vigencia del SEIA, que no deben ingresar al sistema debido a que no son susceptibles de generar impactos ambientales según el artículo 10 de la Ley 19.000.

Al analizar las competencias de la SMA referidas a fiscalización de proyectos, nos encontramos con que en el artículo 3° de su Ley Orgánica se contempla que el organismo tendrá entre sus funciones y atribuciones: a. Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las RCA; c. Contratar las labores de

⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 19.300, publicada el día 4 de marzo del año 1994. P. 19.

⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°66261, 19 de Agosto de 2015.

inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las RCA; d. Exigir, examinar y procesar los datos, muestreos, mediciones y análisis que los sujetos fiscalizados deban proporcionar de acuerdo a las normas, medidas y condiciones definidas en sus respectivas RCA, ello entre diversas otras competencias entregadas a la SMA. Lo importante a destacar es que en cuanto a fiscalización directa de proyectos la SMA solo tiene competencias en aquellos proyectos que poseen RCA.

Así lo ha entendido el Segundo Tribunal Ambiental, al pronunciarse en sentencia del 17 de marzo de 2017, en dicho caso, que será desarrollado posteriormente con mayor detalle y que recientemente fue acogido un recurso de casación en su contra, se reclamaba la decisión de la SMA de declararse incompetente para conocer y sancionar un derrame de petróleo ocurrido en la bahía de Quinteros, debido a que no pudo asociar el derrame al incumplimiento de algún instrumento de carácter ambiental, el Tribunal sostuvo que pese a la existencia de una RCA que evaluaba las operaciones de la empresa que provocó el derrame, esta RCA no evaluaba la instalación específica que habría provocado el derrame, a lo que la SMA no sería competente para fiscalizar y sancionar los hechos denunciados, en tanto no existía el instrumento de carácter ambiental en virtud del cual pueda ejercer dichas facultades⁶.

Con respecto a las competencias de fiscalización ambiental que le corresponden a los organismos sectoriales, luego de la reforma institucional de la Ley 20.417, la Contraloría General de la República se pronunció en su dictamen de fecha 24 de abril de 2013, en éste, el Ministro de Salud solicitaba que Contraloría emitiera un pronunciamiento que determine las funciones de fiscalización y sanción de las infracciones a la normativa ambiental que compete ejercer a las Seremis de Salud, la Contraloría identificó dos tipos de competencias, en primer lugar, en las materias que tenga competencia la SMA ella puede fijar criterios en relación a la forma en que los órganos sectoriales deben ejecutar las fiscalizaciones, además, *“la Superintendencia deberá establecer anualmente subprogramas sectoriales de fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de los planes de prevención y/o de descontaminación, de las normas de emisión y de otros instrumentos de gestión ambiental, donde se identificarán las actividades que al efecto llevará a cabo cada servicio u organismo*

⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Causa rol R-77-2015, 17 de marzo de 2017.

sectorial competente”⁷, en segundo lugar, se establece una competencia residual de fiscalización extraída del análisis de los incisos segundo y tercero del artículo 2 de la Ley Orgánica de la SMA, al respecto, las competencias de fiscalización que no habían sido alteradas por la dictación de la Ley 20.417 seguían correspondiendo a los organismos sectoriales, este es el caso de la fiscalización a proyectos que no cuenten con RCA.

Otra materia relacionada con el tema a tratar, que ha sido analizada por la jurisprudencia ambiental, es el caso particular de la facultad de la letra “o” del artículo segundo de la Ley Orgánica de la SMA (LO-SMA) que remite a su vez al artículo 35 letra “b” del mismo cuerpo legal, de dichos preceptos, se desprende que la Superintendencia tendrá la facultad de sancionar a aquellos proyectos y actividades para los que la Ley exige RCA, y no cuenten con ella, al respecto, la SMA tiene la potestad para requerir el ingreso de la actividad o proyecto al SEIA. Lo anterior fue objeto de análisis en el Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia de la causa R-14-2013 que acoge la reclamación interpuesta por un grupo de pescadores de Iquique, en contra de la resolución que decide dar por archivada una denuncia por un vertimiento de petróleo en la bahía, al respecto, la SMA fundaba su decisión en que el vertimiento fue ocasionado por un proyecto que no cuentan con ningún instrumento de gestión ambiental. El Tribunal señaló que “las competencias de la SMA cobran vigencia no solo frente a dichos instrumentos [instrumentos de gestión ambiental], sino también en su ausencia, como, por ejemplo, cuando un proyecto o actividad que debió someterse al SEIA carece de RCA”. Agrega el Tribunal la necesidad de que en casos de denuncias de este tipo la institucionalidad ambiental tiene el deber de actuar con extrema diligencia y acuciosidad, esto ya que son pocos los casos en donde se puede “revisar el nivel de cumplimiento integral de la normativa ambiental a nivel de instalación o proyecto, superando la legítima desconfianza pública que instalaciones productivas o de infraestructura antiguas no hayan realizado nunca modificaciones sustantivas.”⁸

La interpretación anterior que el Tribunal da de las competencias de la SMA, es relevante para este trabajo en tanto permite una cierta abertura a este modelo de fiscalización de la SMA que se restringía únicamente a instrumentos de gestión ambiental, pese a que la interpretación del

⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°25.081, 24 de abril de 2013.

⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Rol R-14-2013, del 23 de abril de 2014.

Tribunal ha sido cuestionada en cuanto al procedimiento que se requiere para solicitar el ingreso al SEIA⁹, no queda duda de que existe la posibilidad de que la SMA tenga ciertas facultades de inspección o fiscalización de proyectos que no contengan RCA, particularmente en los casos de denuncias al organismo. Estas facultades tienen de todas formas ciertas limitaciones en cuanto a procedimiento como a posibilidad de sanción, el análisis de dichas competencias excede los alcances del siguiente trabajo por lo que no se tomará en consideración a la hora de comparar los diferentes modelos de fiscalización ambiental de proyectos.

Ya esbozado el marco normativo desde el cual parte el siguiente trabajo, es necesario determinar la pregunta que se buscará responder y que guiará el desarrollo de este trabajo. De esta forma la siguiente memoria tendrá la siguiente pregunta como objeto de estudio: ¿Cuáles son las diferencias entre los modelos de fiscalización ambiental de proyectos con RCA y los proyectos que no tienen RCA, análisis a partir de la fiscalización ambiental en faenas mineras de la Región de Antofagasta?

Una eventual respuesta a esta interrogante habría que dividirla en diferencias teóricas y normativas y otras diferencias prácticas. Con respecto a las teóricas y normativas habría que identificar las facultades de fiscalización de la SMA, y cómo un modelo fiscalizador basado en la dirigencia y coordinación de un solo organismo se distingue de uno basado en competencias sectoriales desagregadas en distintos organismos, en esta línea existirían diferencias en cuanto a competencias de fiscalización, posibilidades, tipos y montos de sanción, además existen competencias de coordinación de fiscalización ambiental de la SMA, a través de las cuales puede establecer programas y subprogramas de fiscalización, solicitando las labores de fiscalización de los organismos sectoriales y otras entidades privadas de fiscalización, posibilidad que no existe en caso de fiscalización de proyectos sin RCA.

Con respecto a las diferencias prácticas, en el caso de fiscalizaciones de proyectos mineros, pueden existir diferencias en cuanto a número de fiscalizaciones realizadas al año, presupuesto

⁹ Para un mayor análisis de estas críticas revisar: PRECHT, Jorge y PRECHT, Alejandra “¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA?”, Revista Justicia Ambiental, Tomo 8, año 2016.

y personal destinado a ello, capacidad técnica utilizada en dichas fiscalizaciones y montos de multa o sanciones decretadas. Por otro lado, desde la perspectiva de las críticas que se han realizado al sistema, es dable presumir que los defectos de fiscalización que se buscaron corregir con el funcionamiento de la SMA persisten en las materias donde dicha institución no tiene competencias, por otra parte esta nueva institución ha traído una serie de nuevos problemas que en este punto también serían interesantes de analizar a modo de comparación.

Ahora bien, para lograr realizar una comparación que posibilite un diagnóstico teórico y práctico de los distintos modelos de fiscalización analizados, el siguiente trabajo se estructurará a partir de una metodología que permita entregar una descripción completa de los modelos de fiscalización y que genere criterios objetivos a través de los cuales se pueda realizar una comparación de ambos sistemas.

En este sentido, en primer lugar, cabría caracterizar los distintos modelos de fiscalización ambiental, para ello se analizarán las competencias, establecidas en leyes y reglamentos, de fiscalización ambiental de la SMA y de algunos organismos sectoriales que posean competencias en el rubro de la minería, en segundo lugar, se analizará la doctrina, jurisprudencia y la discusión legislativa que ha recogido este cambio de la institucionalidad ambiental con la vigencia de la Ley 20.417 y las consecuencias que ello trajo en cuanto a fiscalización de la SMA y de los organismos sectoriales.

En lo particular a organismos sectoriales este trabajo se centrará en los principales de ellos con competencias de fiscalización ambiental relativas a la minería, en esta línea los organismos a analizar serán el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), la Dirección General de Aguas (DGA), la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), la Secretaría Regional de Servicios de Salud (Seremi de Salud), el Servicio Agrícola Ganadero (SAG) y la Corporación Nacional Forestal (Conaf), esta selección se justifica en tanto, a pesar de que las competencias de fiscalización alcanzan un número mayor de organismos sectoriales, la muestra seleccionada permite abarcar a los principales organismos con competencias de fiscalización en la región de Antofagasta, según se desprenden de los subprogramas de

fiscalización ambiental de la SMA¹⁰ y es suficiente para mostrar una panorámica general de las competencias y la práctica de la fiscalización ambiental de organismos sectoriales en la minería, lo anterior en tanto son a su vez algunos de los organismos que tienen mayores competencias en lo que respecta a los distintos conflictos ambientales que existen en el rubro minero y a que, exceptuando la Seremi de Salud que es dependiente del ministerio de Salud, todos estos servicios forman parte de la “Red Nacional de Fiscalización Ambiental” coordinada por la SMA.

De esta manera, desde un punto de vista teórico se analizarán los dos modelos de fiscalización en base a los siguientes parámetros: a. Competencias de fiscalización ambiental; b. Procedimientos, facultades y alternativas de fiscalización ambiental; y c. Sanciones.

En segundo lugar para analizar las diferencias desde un enfoque práctico, se analizarán las Cuentas Públicas Anuales de la SMA, los informes que ha realizado respecto a la fiscalización de la minería y los datos respectivos a cantidad de fiscalizaciones, recursos y cantidad de personal destinados a ellas e implementos técnicos utilizados, ello a partir de solicitudes de transparencia, información entregada en las mismas cuentas públicas e información relativa a los programas y subprogramas de fiscalización ambiental de la SMA. Además, se hará mención a la doctrina y jurisprudencia relativa a casos concretos de fiscalización y a algunos problemas que existen actualmente en relación a las labores de la SMA.

En cuanto a las competencias sectoriales, se analizará la cantidad de fiscalizaciones, presupuesto, personal y equipo técnico destinado a la fiscalización de proyectos mineros sin RCA, lo anterior se centrará en los principales organismos con competencias sectoriales en minería. Otra metodología relevante es la que dice relación con el análisis de fuentes que tratan los principales problemas de las fiscalizaciones anteriores al cambio institucional, ello en tanto mucho de esos problemas persistirían en relación a la fiscalización de instrumentos sin RCA.

¹⁰ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Resoluciones Exentas que “Instruye y fija programa y subprogramas sectoriales de fiscalización ambiental de resoluciones de calificación ambiental para años 2013, 2014, 2015 y 2016”.

De esta forma la comparación, desde un punto de vista práctico, de los modelos de fiscalización de proyectos mineros con y sin RCA, será analizada a partir de los siguientes parámetros: a. Número de fiscalizaciones; b. Presupuesto, personal y equipo técnico; c. Sanciones efectivas; d. Tipos de fiscalización (por denuncias de organismos, denuncias de particulares o planes de fiscalización). Lo anterior complementado con un análisis crítico a partir de dichos datos y los principales problemas prácticos que la doctrina ha señalado con respecto a cada uno de los modelos.

Cabe señalar, que este trabajo se vio enfrentado a algunas barreras a la investigación que dificultaron la generación de información totalmente concluyente, en este sentido, la dificultad de acceder a información sobre fiscalización de autoridades sectoriales, el hecho de que mucha de esta información no hacía la distinción entre fiscalizaciones realizadas a proyectos con o sin RCA, la dispersión normativa del modelo de fiscalización de proyectos sin RCA y la pérdida de relevancia, en cuanto a publicaciones y análisis de datos, de la fiscalización de proyectos fuera del SEIA luego de la creación de la SMA, fueron algunas de las barreras que este trabajo ha debido enfrentar para su realización.

CAPÍTULO I: Diferencias teóricas entre los modelos de fiscalización ambiental de proyectos con RCA y aquellos sin RCA.

En este capítulo, se analizarán tanto las competencias de la SMA en materia de fiscalización ambiental, como la competencia de los organismos sectoriales, estas competencias varían si la unidad fiscalizable cuenta o no con una RCA favorable, con lo que se buscará realizar una comparación “teórica” de dichas competencias, facultades y la normativa vigente que rige estos dos modelos de fiscalización. En este sentido, se caracterizarán los distintos medios que el ordenamiento entrega a dichas entidades para realizar sus labores fiscalizadoras y sus posibilidades de sancionar al detectar incumplimientos. Este análisis será complementado con lo que la doctrina y jurisprudencia ha señalado en cuanto a estos modelos de fiscalización ambiental, centrándose especialmente en la determinación de los alcances de sus competencias.

A. Modelo de fiscalización ambiental de proyectos con RCA.

i. Breve análisis histórico.

Con la dictación del Reglamento del SEIA el año 1997, que complementa la Ley 19.300 en cuanto a evaluación ambiental de proyectos, se vuelve obligatorio el ingreso al SEIA de los proyectos contenidos en el artículo 10 de la Ley 19.300, el procedimiento de evaluación de impactos ambientales culmina con un acto administrativo terminal llamado Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que aprueba o rechaza la Declaración de Impacto Ambiental o el Estudio de Impacto Ambiental presentado por el titular del proyecto.

Es importante destacar que el procedimiento de evaluación cuenta con la participación activa de organismos sectoriales con competencias ambientales y que dentro del mismo se solicitan a su vez Permisos Ambientales Sectoriales, definidos por el inciso 2º del artículo 8 de la Ley 19.300 como “todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación”, estos permisos tienen relación

con distintos órganos de la Administración. Lo anterior es importante ya que esta multisectorialidad es la que explica el modelo de fiscalización ambiental anterior a la dictación de la Ley 20.417.

La fiscalización ambiental de proyectos con RCA, previo a la dictación de la Ley 20.417, se basaba en el hoy derogado artículo 64 de la LGBMA, en dicho artículo se establecía que “*en términos generales los órganos sectoriales tienen competencias en materia de inspección y supervisión del cumplimiento de la legislación ambiental, pero no así potestad sancionatoria, la cual recae de manera exclusiva en la COREMA respectiva o en la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) central en caso de proyectos interregionales*”¹¹. Este sistema de fiscalización de proyectos con RCA se basaba en un sistema de coordinación integrada, en donde los distintos organismos con competencias sectoriales de fiscalización ambiental realizaban sus propias fiscalizaciones, en el ámbito de sus competencias, ello bajo un rol coordinador ejercido por la CONAMA que era a su vez la encargada de recibir las denuncias de los servicios, ante incumplimientos en las RCA’s, y aplicar las sanciones correspondientes¹².

Este modelo de fiscalización tuvo en su momento una crítica generalizada, ello, entre muchas otras razones, debido a las carencias existentes en el rol de coordinación en la fiscalización ambiental de la CONAMA, lo que se justificaba debido a la gran cantidad de funciones que se concentraban en dicha institución, así, se criticaba la existencia de duplicidad de fiscalizaciones y sanciones, la carencia de estándares comunes y la discrecionalidad de los distintos organismos con competencia en fiscalización ambiental, entre otras críticas que serán desarrolladas en el Capítulo II.¹³ Es por esto que en el proyecto y discusión de la Ley 20.417, uno de los ejes principales era la necesidad de un cambio en el modelo de fiscalización ambiental, lo que trajo finalmente la creación de la SMA y con ello el cambio del modelo de fiscalización de proyectos con RCA.

¹¹ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 101 - 102

¹² Ídem.

¹³ BOETTINGER, Camila. Nueva institucionalidad ambiental. En Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo, N° 22. 2010. P. 437 y 439.

Uno de los aspectos más discutidos, a propósito de la SMA, en la tramitación de la Ley 20.417, fue la facultad coordinadora que tendría dicha institución en el nuevo modelo de fiscalización ambiental, así por ejemplo Durán señalaba que “(es) una superintendencia coordinadora, que no deroga las potestades de los otros organismos competentes, sino que los coordina a través de [...] programas de fiscalización”¹⁴, por otra parte Sierra desde un punto de vista más crítico a este aspecto señaló que “existe consenso en cuanto a que la lógica de la coordinación no ayuda en esta materia y que tanto la OCDE como otros estudios proponen concentrar dicha labor en una Superintendencia”, señaló a su vez que “la creación de ésta [SMA] es un paso necesario, aun cuando no concentre toda la fiscalización, al dejar subsistente competencias de fiscalización sectorial.”¹⁵ De esta forma quedaba claro para los expertos que la nueva institucionalidad no concentraba todas las potestades de fiscalización de instrumentos de gestión ambiental, sino que también cumplía un rol coordinador entre los servicios, particularmente a través de los programas y sub programas de fiscalización.

Camila Boettiger señala que existen dos modelos de institucionalidad ambiental, el primero es un sistema de Centralización Administrativa en donde “*se estructura la autoridad ambiental insertándola en la estructura tradicional de la Administración Pública, basada en organizaciones ministeriales y servicios dependientes de los Ministerios*”¹⁶ y el segundo es un sistema de Coordinación Horizontal que “*se estructura a la autoridad ambiental con facultades de coordinación horizontal o transversal, no como un ente centralizado, sino como coordinador de los diferentes sectores que afectan el medio ambiente*”¹⁷. El sistema de fiscalización ambiental y particularmente la SMA, luego de la entrada en vigencia de la Ley 20.417, pareciera tener algo de estos dos sistemas o modelos, ello en tanto la SMA se constituye como una autoridad ambiental insertada dentro de la estructura tradicional de la Administración pública, dependiente del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente y que concentra amplias facultades de fiscalización de diversos instrumentos de gestión ambiental, por otra parte no deja de tener un rol coordinador, los organismos

¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. P. 155.

¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. P. 31.

¹⁶ BOETTIGER, Camila. Nueva institucionalidad ambiental. En Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo, N° 22. 2010. P. 433.

¹⁷ Ídem.

sectoriales siguen teniendo ciertas competencias de fiscalización, que en el caso de la fiscalización de RCA's son coordinadas por la SMA a través de los programas y sub programas anuales de fiscalización.

En resumidas cuentas, se podría señalar que el diseño de fiscalización ambiental de proyectos que cuentan con RCA es competencia de la SMA y que ésta tiene para ello distintas alternativas, una de ellas es la realización de fiscalizaciones por medio de organismo sectoriales con competencias ambientales, de esta forma, a pesar de que este sistema de fiscalización no excluye completamente de las labores de fiscalización ambiental a otros órganos administrativos, podríamos decir que el rol de la SMA es preponderante y, como se verá a continuación, en ella se concentran las principales competencias en dicha materia.

ii. Análisis de competencias en fiscalización de proyectos con RCA.

En primer lugar, habría que señalar que el precepto legal que fija la competencia en la fiscalización de proyectos con RCA es el artículo 64 de la Ley 19.300, éste, luego de la modificación introducía por la Ley 20.417, señala que la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, será efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente de conformidad a lo señalado en la ley. En este mismo sentido el artículo 2 de la LOCSMA señala que *“La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental ...”*, esta competencia se ve desagregada en el artículo 3 del mismo cuerpo legal, al destacar que el organismo tendrá entre sus funciones y atribuciones: a. Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las RCA; c. Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las RCA; d. Exigir, examinar y procesar los datos, muestreos, mediciones y análisis que los sujetos fiscalizados deban proporcionar de acuerdo a las normas, medidas y condiciones definidas en sus respectivas RCA, entre otras funciones y competencias.

Lo importante es destacar que en lo relativo al cumplimiento de las RCA existe un órgano del Estado que tiene el patrimonio exclusivo de su fiscalización y que dicho órgano es la SMA¹⁸, no obstante ello, *“el carácter exclusivo de las competencias no implica la pérdida de facultades fiscalizadoras por parte de los organismos sectoriales, sino que éstas quedan supeditadas a la SMA”*¹⁹. Así lo ha entendido la Contraloría General de la República señalando que *“la Superintendencia del Medio Ambiente tiene como principal función la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental enunciados en el inciso primero del artículo 2° de su ley bien, según lo autoriza el artículo 24 de ese mismo texto legal, a través de entidades técnicas acreditadas orgánica, labor que puede ejecutar ya sea directamente, o mediante su encomendación a los organismos de la Administración del Estado con competencias ambientales sectoriales.”*²⁰ En este sentido Contraloría comprende que el legislador, para evitar algún tipo de duplicidad de competencias en la fiscalización de RCA, entrega una competencia directa a la SMA en esta materia acompañada de una facultad de dirección en cuanto a fiscalización de otros órganos, dicha facultad se desprende del artículo 22 de la LOCSMA²¹.

En cuanto a la posibilidad de llevar a cabo procedimiento sancionatorio y decretar sanciones en contra de proyectos contenidos en una RCA, el sistema deja en claro que el único organismo competente es la SMA, ello no obsta a que el procedimiento sancionatorio pueda iniciar producto de una denuncia de alguno de los organismos sectoriales. Así lo ha entendido también la Contraloría General de la República, señalando que del análisis del artículo 35 de la LOCSMA se desprende que *“competerá a la Superintendencia del Medio Ambiente imponer las sanciones administrativas que en derecho correspondan, toda vez que se trata de una atribución que el ordenamiento jurídico le entrega en forma exclusiva”*.²²

¹⁸ MALLEA, María Isabel. La potestad fiscalizadora y sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile. *Revista de Derecho*, N° 32, 2014. P. 139.

¹⁹ BERMUDEZ, Jorge. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. *Revista de Derecho (UCV)*, no° 40. 2013. P. 440–441.

²⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°25.081, 24 de abril de 2013.

²¹ MALLEA, María. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile. *Revista de Derecho (CDE)*, no. 32 (2014): 139–140.

²² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°25.081, 24 de abril de 2013.

iii. Procedimiento, facultades y alternativas de fiscalización.

Una de las novedades que introduce la SMA es que por primer vez en Chile se establece un procedimiento único y sistematizado en cuanto a fiscalización ambiental, este procedimiento se encuentra regulado en las resoluciones exentas N.º 276 y 277 del año 2013 y permite de alguna forma que los regulados puedan obtener una mayor seguridad jurídica a la hora de recibir fiscalizaciones, en este sentido, se estipulan derechos que deberán ser garantizado y algunos deberes que permitan facilitar el procedimiento de fiscalización. En esta misma línea dichas resoluciones establecen los cinco principios que debiesen regir toda actividad de fiscalización ambiental (coordinación; imparcialidad, eficiencia; eficacia y realidad)²³.

En cuanto al procedimiento de fiscalización en sí, este inicia con la etapa de inspección ambiental, la cual considera la planificación inicial, la recopilando la información necesaria para ejecutar la inspección, la realización efectiva de la inspección en terreno, en donde los inspeccionados tienen el deber de colaborar, y finalmente el inspector a cargo deberá dar cuenta de lo obrado mediante una acta de inspección. En segundo lugar, el procedimiento sigue con la etapa de examen de la información, consistente en el análisis que debe realizar la SMA de la información obtenida en terreno y de la entregada por el propio titular. En tercer lugar, la etapa de medición y análisis en donde deberán ajustarse a las directrices que imparta la SMA. Por último, está la etapa de elaboración de los informes de fiscalización, el cual deberá contener un resumen de las actividades realizadas, el motivo de la fiscalización, la materia sobre la cual versó y los eventuales incumplimientos²⁴.

Otro aspecto relevante a la hora de analizar la fiscalización ambiental de proyectos con RCA son las facultades que tiene la SMA para ejecutar de mejor forma dichas fiscalizaciones, así, conforme a los artículos 23 y ss. de la LO-SMA *“los funcionarios de La Superintendencia gozan de una amplia gama de facultades: ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o privados, tomar muestras y registros, levantar actas y dejar testimonios y proceder*

²³ CANNONI, Leslie, OSORIO, Cristóbal, RIESCO, Felipe. El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la SMA para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el art. 2º de la LO-SMA. Revista de Derecho Ambiental. 2014 p.145.

²⁴ MALDONADO, Antonio. Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente? Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016. P. 59 y ss.

*a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de la actividad fiscalizada, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública la cual podrá actuar con descerrajamiento si fuere necesario*²⁵”, por otra parte debido a la tecnicidad que suelen tener las RCA, la SMA tiene la posibilidad de analizar información en laboratorios privados e incluso solicitar la ayuda de expertos en sus fiscalizaciones.²⁶ El sistema de fiscalización de proyectos con RCA se basa principalmente de las fiscalizaciones de la SMA, por ello, se la dotó de amplias facultades para ejercer sus competencias.

Otra de las novedades de la SMA en cuanto a fiscalización ambiental es la facultad de dicha institución de solicitar “automuestreos” y “auto reportes”, esta facultad que se desprende del artículo 3 letra e) de la LOCSMA, consiste en que se podrá requerir de los sujetos sometidos a su fiscalización las informaciones y datos que sean necesarios para acreditar el cumplimiento de las medidas y exigencias impuestas en las RCA’s. Esta facultad guarda relación con otras de las novedades de la SMA y es que ésta debe administrar un sistema en línea que contenga la información de las fiscalizaciones, muestreos y mediciones. Este sistema, llamado Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, cumple una doble función, en primer lugar, es una herramienta al servicio de la ciudadanía donde se puede encontrar información no solo de las fiscalizaciones sino que también de las RCA, sus antecedentes, procedimientos sancionatorios, planes de prevención y de descontaminación, y por otra parte, es una gran herramienta para la propia SMA en tanto en ella encuentra una sistematización de las distintas regulaciones y antecedentes de los proyectos e instalaciones a fiscalizar²⁷.

Para realizar la fiscalización de proyectos con RCA la SMA dispone de tres alternativas distintas para ejecutar su fiscalización, en este sentido Luis Cordero especifica los instrumentos que dispone la SMA para llevar a cabo su rol tanto de coordinador como de fiscalizador de proyectos con RCA, en esta línea sostiene que la SMA puede realizar

²⁵ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P.143.

²⁶ MALDONADO, Antonio. Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente? Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016. P. 52 - 54.

²⁷ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P.144 – 145; 175 - 176.

*“fiscalizaciones directas a través de la Superintendencia; fiscalización sectorial a través de programas y subprogramas; y fiscalización privada (probablemente el mayor impacto de proyecto de superintendencia tenga que ver con la creación de un mercado secundario de fiscalización privada)”*²⁸. La primera de ellas es la ya analizada fiscalización directa, en la que la Superintendencia ejecuta las labores de inspección a través de sus propios funcionarios.

En segundo lugar, están las fiscalizaciones realizadas por órganos sectoriales con competencia ambiental en conformidad a los programas y subprogramas de fiscalización anual, al respecto, cabe señalar que *“los organismos sectoriales con competencias fiscalizadoras también participan en el proceso de elaboración de programas y subprogramas de fiscalización. En efecto, La Superintendencia les solicitará informes acerca de las prioridades de fiscalización que hubieren definido y las propuestas de programas y subprogramas serán sometidas a consulta a aquellos organismos y servicios que La Superintendencia estime pertinentes.”*²⁹ Lo anterior conforme al artículo 17 de la LOCSMA.

Por otra parte, de los artículos 2° inciso tercero y 25 de la LOCSMA, la SMA tendrá la facultad de dictar las directrices que estime convenientes para la ejecución de dichas fiscalizaciones, tanto las realizadas por organismos sectoriales como por funcionarios de la propia institución. Así fue sostenido por lo demostro por el Tercer Tribunal Ambiental en sentencia Rol R-23-2015 del 26 de mayo, al señalar que: *“el artículo 2° de la LO-SMA ha concebido un mecanismo, por el cual la SMA -además de su competencia de fiscalización directa- tiene competencia exclusiva para organizar y coordinar la fiscalización ambiental, por la cual los órganos sectoriales no pueden rehusar ser parte de los programas y subprogramas de fiscalización que establezca la SMA. Además, están obligados a cumplir con las instrucciones sobre fiscalización ambiental integrada que ha establecido la SMA, cuando ejecuten acciones de fiscalización de acuerdo a los referidos programas y subprogramas.”*³⁰

²⁸ CORDERO, Luis. Primer seminario sobre reforma a la institucionalidad ambiental. Perspectiva del sector público, en Reforma a la institucionalidad ambiental. Antecedentes y fundamentos. Universidad Diego Portales. 2010. P 74.

²⁹ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 142.

³⁰ TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Rol R-23-2015 del 26 de mayo.

En tercer lugar, conforme al artículo 3 letra c) de la Ley 20.417, la SMA podrá encargar las labores de fiscalización a terceros privados debidamente certificados, las Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental (ETFA) se han conformado así como terceros independientes a la Administración que han cumplido un rol importante en la fiscalización de proyectos con RCA en lo relativo a inspección, mediciones y análisis de datos. Lo anterior se ha justificado en la especialización y complejidad que la fiscalización de proyectos tiene en los distintos proyectos en Chile. Al respecto, cabe destacar lo señalado por el abogado español Dolors Canals, *“la técnica y su complejidad conducen a un progresivo proceso de traslación hacia manos privadas de verdaderas funciones de autoridad, de contenido jurídico, como es la función declarativa o de certificación del cumplimiento de la legislación vigente”*.³¹ Estas instituciones deberán estar sujetas a un sistema de acreditación que permita tener en línea un listado público de las entidades que pueden ejercer dichas funciones.

Otra alternativa que guarda relación con la fiscalización de privados, tiene que ver con la decisión de la SMA de imponer la obligación a ciertos proyectos de contratar un sistema de Auditoría Ambiental Independiente, este sistema debiese constatar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones de la RCA, entregando dicha información a la Superintendencia. La novedad de este sistema es que los costos de fiscalización corren por parte de los propios fiscalizados, lo que pese a ser cuestionable en cuanto a la transparencia de dichas fiscalizaciones, sí es una herramienta útil considerando la gran cantidad de RCA aprobadas que deben ser fiscalizadas por la SMA.³² En esta línea de alternativas de detección de incumplimiento con participación de los particulares, es interesante que el sistema, conforme al artículo 41 de la LO-SMA, incentiva con una condonación o rebaja de multa al titular del proyecto que se auto denuncie por algún incumplimiento de su RCA y se comprometa a ejecutar un programa de cumplimiento, pese a que esta opción no ha sido utilizada mayormente en Chile es una alternativa que de perfeccionarse podría constituirse

³¹ CANALS I AMETLLER, Dolors El ejercicio por particulares de funciones autoridad. (control, inspección y certificación). Editorial Comares. Granada, 2003. P. 52.

³² HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 144.

como una herramienta eficiente en cuanto a detectar incumplimientos de la normativa ambiental contenida en las RCA³³.

iv. Sanciones

Como ya fue señalado es la Superintendencia la encargada de llevar a cabo los procedimientos sancionatorios y de ejecutar las sanciones correspondientes en casos de que exista algún incumplimiento en las RCA de los proyectos, esta potestad es exclusiva de la SMA en el caso de las infracciones a RCA, lo que es una novedad en tanto se unifican las distintas potestades sancionadoras que estaban dispersas entre organismos sectoriales, concentrándose en un solo ente para así evitar duplicidad de multas y procedimiento y unificar criterios³⁴.

De los aspectos más destacados en cuanto a sanción de proyectos, es que existen parámetros claros en lo relativo a tipos de infracción, sanciones que corresponden y criterios para determinar la sanción, en este sentido en noviembre de 2015 la SMA publica una guía de “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” que no solo sistematiza la normativa aplicable a la determinación de sanciones, sino que también transparenta el análisis económico que la propia SMA debe realizar a la hora de determinar una sanción en específico³⁵.

Brevemente cabe señalar que el sistema considera 3 tipos de infracción, éstas pueden ser leves, graves o gravísimas y ello se determina conforme al artículo 36 de la LO-SMA según criterios que incluye gravedad del daño al medio ambiente o a la salud de la población, reincidencia, actuar de forma deliberativa, entre otros. Según la gravedad de las infracciones es que se determinan las sanciones aplicables para cada caso, en este sentido la sanción ante una infracción leve podrá ser desde una amonestación escrita hasta una multa de 1.000 UTA, en el caso de las infracciones graves desde una multa de 5.000 UTA a la Revocación de la RCA y

³³ KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 2015. P. 273.

³⁴ CANNONI, Leslie, OSORIO, Cristóbal, RIESCO, Felipe. El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la SMA para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el art. 2° de la LO-SMA. Revista de Derecho Ambiental. 2014. P.132.

³⁵ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. Resolución exenta n° 1002, noviembre de 2015.

en el caso de las infracciones gravísimas desde una multa de 10.000 a la revocación de la RCA, ello conforme a los artículos 38 y 39 de la LO-SMA.

Antes de entrar al detalle de las posibles sanciones que puede decretar la SMA, habría que hacer mención a las vías no represivas que tiene la SMA para que los proyectos vuelvan a cumplimiento. En este sentido, quisiera destacar que el sistema no solo busca disuadir a los titulares de incumplir las RCA mediante multas, sino que también permite a la SMA dar oportunidades y orientarlos para que cumplan con la normativa que los regula, este es un aspecto a destacar en tanto se amplía el abanico de alternativas que tiene la Superintendencia para que los proyectos vuelvan a cumplimiento. Así, destaca la posibilidad que tiene la SMA de incentivar, orientar y aprobar los planes de reparación y programas de cumplimiento, los primeros son planes presentados por el titular que buscan reparar algún daño creado al medio ambiente y que requieren de la aprobación del Servicio de Evaluación Ambiental, los segundos por su parte son programas que establecen medidas y un cronograma para que los titulares vuelvan al cumplimiento de las medidas establecidas en las RCA,³⁶ pese a que los programas de cumplimiento han sido criticados por el hecho de no considerar ni a la participación ciudadana ni la opinión del denunciante en su formulación y dictación, lo cierto es que se ha transformado en una herramienta efectiva y muy utilizada, como un medio para que los proyectos vuelvan a cumplimiento de una forma rápida y poco costosa para un organismo con recursos limitados como lo es la SMA³⁷.

En esta misma línea la SMA tiene la facultad de “requerir que los regulados se sometan al SEIA cuando: [a] debieron sujetarse a él y no cuenten con una RCAR; [b] se trate de modificaciones o ampliaciones de proyectos o actividades que requieran una nueva RCA; [c] hubiesen fraccionado los proyectos o actividades para eludir el sistema, salvo que se trate de un proyecto o actividad se ejecute por etapas”³⁸. Esta alternativa permite que aquellos proyectos que debiesen haber sido evaluados por el SEIA y que por diversos motivos no lo

³⁶ SOTO, Pablo. Sanciones Administrativas como Medidas de Cumplimiento del Derecho: Un Enfoque Funcional y Responsivo Aplicado al Régimen Sancionatorio Ambiental. *Ius et Praxis*, Nro Año 22, Nro 2, Año 2016. Pp. 195-197.

³⁷ GALLEGUILLOS, Victoria. Superintendencia del Medio Ambiente, Infractor y Denunciante en el Procedimiento de Programas de Cumplimiento Ambiental. *Revista de Derecho Ambiental* año V tomo 7. 2017. Pp. 170 – 175.

³⁸ SOTO, Pablo. Sanciones Administrativas como Medidas de Cumplimiento del Derecho: Un Enfoque Funcional y Responsivo Aplicado al Régimen Sancionatorio Ambiental. *Ius et Praxis*, Nro Año 22, Nro 2, Año 2016, Página 195-197.

hicieron, ingresen efectivamente al sistema mediante el instrumento que corresponde (EIA o DIA).

Ahora bien, en cuanto a las sanciones represivas, estas pueden ser divididas en dos grupos, en primer lugar, están las monetarias que pueden llegar a un máximo de 10.000 UTA, lo que es considerado un máximo alto en comparación a las sanciones existentes previo a la Ley 20.417, están multas deberán ser pagadas en Tesorería General de la República en el plazo de 10 días hábiles y dichos fondos van directamente a parar al fondo fiscal del país. En cuanto a las sanciones no pecuniarias, la SMA podrá decretar la clausura temporal o definitiva de las instalaciones y la revocación de la RCA, estas últimas debido a lo extremo de sus consecuencias debiesen ser utilizadas solo de manera excepcional³⁹.

Por último, cabe hacer presente que para llegar a la sanción efectivamente impuesta se deben considerar las siguiente circunstancias para la determinación específica de la sanción: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse; c) El beneficio económico obtenido; d) La intencionalidad ; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; i) Otro criterio que la SMA considere relevante. Esto permite dar mayor certeza jurídica a los administrados en lo relativo a las razones y al monto específico de determinada sanción.

En cuanto al procedimiento sancionatorio, este está regulado en los artículos 47 y ss. de la LO-SMA, dicho procedimiento puede iniciar de tres formas distintas, a saber, de oficio cuando la SMA toma conocimiento de alguna infracción de su competencia; a petición de algún órgano sectorial cuando la SMA tome conocimiento de alguna infracción por medio de algún informe de una inspección, medición o análisis llevado a cabo por algún organismo con competencia ambiental; en tercer lugar, producto de una denuncia realizada por algún tercero, dicha

³⁹ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 147- 149.

denuncia deberá cumplir con los requisitos del artículo 47 de la LO-SMA y debiese estar revestida de seriedad para que la SMA inicie el procedimiento sancionatorio.

Otro aspecto interesante del procedimiento sancionatorio en caso de incumplimientos de RCA es la posibilidad que tiene la SMA para decretar amplias medidas provisionales, ellas están contenidas en el artículo 48 de la Ley 20.417 y tienen como fin impedir la continuidad de algún riesgo o daño al medio ambiente, además en el caso de titulares de proyectos que cuenten con RCA la Superintendencia podrá decretar las medidas urgentes y transitorias de la letra g) y h) del artículo 3 del mismo cuerpo legal, al respecto la SMA podrá decretar la suspensión de la RCA o cualquier otra medida urgente y transitoria capaz de resguardar el medio ambiente ante eventuales daños.⁴⁰ Al respecto existen algunas medidas que por su intensidad requieren la autorización previa del Tribunal Ambiental para ser decretada, las medidas del artículo 48 que requieren autorización son la clausura temporal, parcial o total de las instalaciones; la detención del funcionamiento de las instalaciones y la suspensión temporal de la RCA. En el caso de las medidas del artículo 3 letras g) y h) “*contrario a lo que ha sido sostenido por cierto sector de nuestra doctrina, nuestra jurisprudencia ambiental ha señalado que las medidas urgentes y transitorias reguladas por el artículo 3° de la LO-SMA requerirán autorización previa del TA siempre que sean asimilables a aquellas medidas que si requieren de autorización expresa.*”⁴¹

La idea de la necesidad de una revisión de un juzgado especializado, como los son los Tribunales Ambientales, no se acaba con la revisión de las medidas provisionales, en este sentido “*la Ley 20.417 establece un recurso de reposición en contra de las resoluciones que dicte el Superintendente y un recurso de reclamación de ilegalidad en contra de las resoluciones de la Superintendencia que no se ajusten a la ley, reglamentos y demás disposiciones que les corresponda aplicar.*”⁴² Como se puede apreciar, son recursos amplios que permiten a los interesados, incluyendo los denunciantes, llegar de forma expedita a que el

⁴⁰ HEPNER, Felipe. Criterios de autorización de medidas provisionales y de medidas urgentes y transitorias de la SMA empleados por los Tribunales Ambientales. Proyecto de memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2016. P. 37

⁴¹ *Ibíd*em p. 51.

⁴² HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 171.

asunto sea conocido por un Tribunal Ambiental, esto es relevante de destacar ya que el conocimiento de un tribunal especializado es una garantía de seguridad jurídica que permite hacer un contrapeso a las amplias competencias que tiene actualmente la SMA en la fiscalización de proyectos con RCA, cuidando así que no se cometan arbitrariedades en su labor.

B. Modelo de fiscalización ambiental de proyectos sin RCA.

i. Breve análisis histórico.

Para analizar el origen del sistema de fiscalización ambiental de proyectos que no cuenten con RCA, habría que remitirse a la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, donde se marca la diferencia de proyectos que requieren o no una RCA, antes de ello, cabe señalar que el sistema de fiscalización ambiental anterior a dicha Ley “se basaba en distintas normas que otorgan competencias de fiscalización y sanción a diversas reparticiones - ... - resultando así que en el sistema de fiscalización respecto de un mismo hecho aparecían actuando diferentes entes con facultades de fiscalización y sanción”⁴³.

Con la promulgación de la Ley 19.300, se crea el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que permite evaluar los impactos ambientales de los nuevos proyectos, al respecto, como ya se señaló anteriormente, los proyectos anteriores a la entrada en vigencia del SEIA (en 1997) no tenían ni tienen la necesidad de ingresar al sistema de evaluación, con la excepción de que realicen modificaciones de proyecto o actividad que impliquen cambios de consideración conforme al artículo 2 letra “d” del Reglamento del SEIA, por su parte, los proyectos que no estén contenidos en el artículo 10 la Ley 19.300 tampoco requieren ingresar a dicho Sistema. De esta forma, es que desde entonces conviven en Chile dos sistemas distintos de fiscalización ambiental, uno para los proyectos aprobados que cuenten con su respectiva RCA y otro para los proyectos que por las razones señaladas no requieren de dicha RCA.

⁴³ GUZMÁN, Felipe. Sistema de fiscalización ambiental. Situación actual y propuestas para mejorar su eficiencia. En Revista Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago 2008. P. 47.

Con respecto a la fiscalización de proyectos sin RCA, poco y nada es lo que se menciona en la Ley 19.300, y es que su enfoque está marcado fuertemente por la regulación de una nueva institucionalidad que rodee al SEIA, en este sentido, es que el análisis de la fiscalización se centró en su artículo 64, del cual se desprende un rol coordinador y sancionador de la CONAMA, “por el contrario, cuando un proyecto o actividad se encuentra fuera del SEIA, el señalado artículo 64 ya no es más aplicable y a los órganos sectoriales les corresponde tanto inspeccionar como sancionar directamente o denunciar su incumplimiento a las autoridades correspondientes”⁴⁴. La falta de regulación particular de la fiscalización de proyectos sin RCA se debía, en cierta medida, al proceso denominado por Luis Cordero como la “seización de la gestión ambiental”⁴⁵, y es que existía la esperanza de que el SEIA fuera el encargado de resolver los problemas relativos a cumplimientos de legislación ambiental y dispersión en la fiscalización, siendo que en realidad, la CONAMA fuera del SEIA tenía escaso y nulo control sobre cumplimiento y fiscalización de normativa ambiental. De esta forma se dejó fuera de la discusión y de la nueva institucionalidad la fiscalización de todos los proyectos sin RCA⁴⁶.

Una de las consecuencias de esta “seización” de la gestión ambiental, es que al estar el enfoque principalmente puesto en los nuevos proyectos con RCA, se comienza invisibilizar la fiscalización de todos los proyectos ajenos al SEIA, en este sentido, de los pocos estudios que es posible encontrar con cifras concretas de fiscalizaciones ambientales anteriores a la vigencia de la Ley 20.417, ellos se centran en el análisis de las fiscalizaciones ambientales a proyectos con RCA. En este rol coordinador de la CONAMA, comienzan a aparecer cifras concretas de número, presupuesto y personal destinado a la fiscalización ambiental dejando fuera a este gran grupo de proyectos anteriores a 1997. Conforme van pasando los años, se aprueban más y más proyectos en el SEIA, proyectos de los que se tiene mayor claridad en cuanto a su funcionamiento, normativa vigente y medidas de control, lo que probablemente

⁴⁴ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 102.

⁴⁵ CORDERO, Luis. Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno, en Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago 2008. P. 36.

⁴⁶ BOETTINGER, Camila. Nueva institucionalidad ambiental. En Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo, N° 22. 2010. P. 439

debió haber incidido en que existan mayores incentivos y facilidades para concentrar las labores de fiscalización ambiental en este tipo de proyectos⁴⁷.

Lo que sí existía previo a la Ley 20.417, es una cierta división por recurso o medio impactado, de los entes fiscalizadores de proyectos excluyendo los instrumentos de gestión ambiental, al respecto, se realizaba una distinción entre aire, agua, suelo, bosque y pesca y se determinaban los servicios que tenían competencias en su fiscalización, generación de normas y emisión de permisos, esto tenía la consecuencia que por cada componente ambiental los proyectos sin RCA tenían diversos fiscalizadores, diversos procedimientos y diversos sistemas sancionatorios, incluso no siempre el organismo que generaba normas o emitía los permisos tenía el rol fiscalizador, lo que hacía difícil de por sí una fiscalización global de los proyectos y más aun considerando que en estos casos no existía un rol coordinador como en el caso de los proyectos SEIA⁴⁸.

El diagnóstico de este periodo, anterior a la Ley 20.417, cae en las mismas falencias en relación a la fiscalización ambiental de proyectos con RCA pero acentuadas debido a la ausencia total de un rol coordinador. En este sentido, los problemas de superposiciones de competencias de fiscalización, debido a la gran cantidad de servicios competentes, generaron una fuerte falta de certeza jurídica, enfrentando a los titulares a procedimientos de fiscalización diversos, con distintos criterios y distintas medidas provisionales y sanciones⁴⁹. El caso de las sanciones es de especial relevancia ya que en el caso de proyectos sin RCA, se estructuraba en base a leyes marco que definían en términos generales procedimientos, prescripciones de conducta y sanciones, y una serie de decretos que contenían las conductas que podían estar sujetas a sanción. “No obstante, esta estructura no siempre aparece tan clara y hay casos en el ordenamiento jurídico ambiental chileno en que no existe plena claridad acerca de cuál es la normativa aplicable frente a la comisión de una infracción, debido a que la

⁴⁷ CORDERO, Luis. Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno, en Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago 2008. Pp. 34- 40.

⁴⁸ CORDERO, Luis. Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno, en Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago 2008. P. 34.

⁴⁹ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P.108.

materia se encuentra regulada en diversos cuerpos legales que otorgan competencias a diversos organismos sectoriales”⁵⁰.

Previo a la dictación de la LO-SMA, se esperaba que la SMA fuera aquella institución encargada de concentrar las competencias de fiscalización de proyectos con y sin RCA, en este sentido, el artículo 2 inciso segundo explicita que la Ley no deroga competencias de inspección y sanción a los organismos sectoriales en lo relativo a la fiscalización que no corresponda a instrumentos de gestión ambiental⁵¹. Dentro de la tramitación de la Ley, para José Ignacio Pinochet esto era “claramente contradictorio con el espíritu general de la iniciativa que *era* la de concentrar las potestades fiscalizadoras en un solo órgano especializado, el cual *estuviese* a cargo de la dirección absoluta del sistema de fiscalización”⁵².

De esta forma, se repite el problema ocasionado por la “seización”, los diagnósticos y el esfuerzo por mejorar el sistema de fiscalización se centraron en las RCA, provocando una “irreflexión acerca del funcionamiento y fiscalización de los demás instrumentos”⁵³, como se verá a continuación, la Ley no modifica las competencias sectoriales en materia de fiscalización de proyectos sin RCA, dejando abierta la posibilidad para que se repitan los mismos problemas que se venían arrastrando desde la Ley 19.300. Para Rafael Asenjo, actual ministro del Segundo Tribunal Ambiental, este tipo de problemas hablaban de un desconocimiento del funcionamiento de las instituciones ambientales que estaban vigentes, lo que llevó a una debilidad en el diagnóstico de cómo operaba en la realidad la institucionalidad⁵⁴.

En resumidas cuentas se podría señalar que el modelo de fiscalización ambiental de proyectos sin RCA no ha variado mucho en los últimos 25 años, permaneciendo sin mayores modificaciones pese a las reformas a la institucionalidad ambiental relativas a la Ley 19.300 y

⁵⁰ *Ibidem*. P. 105.

⁵¹ CORDERO, Luis. Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno, en Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago 2008. P. 34.

⁵² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. P. 161.

⁵³ HERNÁNDEZ, José. El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjà vu?. En Revista de Derecho ambiental año V n°7. Santiago 2017. P. 22.

⁵⁴ ASENJO, Rafael. Institucionalidad pública ambiental: ¿aplicación o transformación?. En Revista de Derecho Ambiental n° 3 Santiago 2009. P. 231.

20.417. De esta manera el modelo se basa en la segregación de competencias de fiscalización ambiental en distintas autoridades sectoriales, como se podrá analizar a continuación.

ii. Análisis de competencias en fiscalización de proyectos sin RCA.

Para analizar las competencias de fiscalización de proyectos sin RCA, habría que remitirse, en primer lugar, al artículo segundo inciso segundo de la LO-SMA, dicho precepto señala: “Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia.” En este sentido al ser las RCA instrumentos de competencia de la SMA, los proyectos que no tengan RCA ni estén contenidos en otros instrumentos de gestión ambiental, como por ejemplo en un plan de descontaminación, deberán ser fiscalizados por los organismos sectoriales, así lo ha confirmado Contraloría al sostener, ante una pregunta de la SISS sobre sus competencias luego de la reforma del 2010, que “es dable sostener que las facultades fiscalizadoras que el ordenamiento jurídico confiere a la autoridad sanitaria y que no dicen relación con los asuntos de competencia de esa Superintendencia no se han visto afectadas por la entrada en vigencia de la totalidad de las normas previstas en dicho cuerpo legal.”⁵⁵

En segundo lugar el mismo artículo 2 de la LO-SMA señala en su inciso tercero: “Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a esta que se pronuncie al respecto.” Dicho inciso fue cuestionado en la tramitación del proyecto de Ley por el Senador Girardi que presentó una indicación para eliminar el inciso sosteniendo que: “la indicación propuesta tiene por objeto eliminar el inciso tercero del artículo 2° que dispone que los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar los criterios que establezca la Superintendencia. Refirió que su experiencia lo inclina a tener mayor confianza en la fiscalización sanitaria, la que por elementos culturales jamás transaría

⁵⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°25.081, 24 de abril de 2013.

en sus principios, citando el caso de la internación de residuos peligrosos que ha sido detenida porque lo ha impedido el sector salud.”⁵⁶

Al respecto, cabe señalar que esta función coordinadora de la SMA ha sido cuestionada a su vez por la OCDE en la Evaluación de Desempeño Ambiental de Chile del año 2016, al respecto señaló que “pese a la creación de la SMA, la coordinación de diversas autoridades sectoriales de aplicación es aún demasiado compleja y fragmentada como para realizar esfuerzos congruentes destinados a garantizar el cumplimiento de las normas.”⁵⁷ A este respecto en la misma evaluación la OCDE destaca la existencia desde el año 2014 de la Red Nacional de Fiscalización Ambiental (RENFA) que busca armonizar los criterios y procedimientos de fiscalización, al respecto son 16 los organismos con competencia de fiscalización ambiental⁵⁸. Hasta el momento, la RENFA ha realizado una serie de talleres a fiscalizadores ambientales en Chile y ha dictado instrucciones y guías generales de muestreos y fiscalización.

En cuanto a las competencias específicas de los organismos sectoriales, cabe señalar, que “muy pocos organismos sectoriales cuentan con un catálogo específico de potestades para supervisar e inspeccionar el cumplimiento de la ley”⁵⁹, las competencias de fiscalización de un solo organismo generalmente están dispersas en distintos cuerpos normativos como sus propias Leyes Orgánicas, Leyes especiales, Reglamentos, Resoluciones Exentas y Decretos Supremos, esto ocasiona una gran dificultad para controlar si efectivamente se están llevando las labores de fiscalización.

iii. Procedimiento, facultades y alternativas de fiscalización.

A continuación, para analizar los procedimientos, facultades, alternativas de fiscalización y sanción, debido a la dificultad que plantea la posibilidad de analizar las particularidades de los

⁵⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. En versión PDF en la página

web:http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20417&anio=2012. P 1518.

⁵⁷ OCDE. Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile. Environmental Performance Reviews, Naciones Unidas, CEPAL, Chile.2016. P. 122.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 137.

sistemas de fiscalización de cada uno de los organismos sectoriales con competencias ambientales, se analizarán dichas características del sistema de fiscalización de proyectos sin RCA en base a los organismos seleccionados que como se señaló anteriormente tiene una importante incidencia en materia de fiscalización minera, vale decir, conforme a las características de la DGA, la SISS, las SEREMIS de Salud, el SERNAGEOMIN, la CONAF y el SAG. Sin pretender entregar un examen exhaustivo, se intentará caracterizar los casos particulares de estos servicios para, de esta manera, poder contar con un marco suficiente de información que permita ser contrastado con la información ya analizada correspondiente al sistema de fiscalización ambiental de proyectos con RCA.

En primer lugar, en cuanto a la regulación de su procedimiento de fiscalización, los organismos sectoriales podrían ser divididos en 3 grupos distintos, entre aquello con escasa y nula regulación, aquellos con regulación básica y aquellos con un procedimiento fuertemente regulado. En el primer grupo podríamos ubicar al SERNAGEOMÍN, dicho organismo tiene potestades amplísimas de fiscalización contenidas principalmente en el Reglamento de Seguridad Minera y el Reglamento para la aprobación de proyectos de diseño, construcción, operación y cierre de los depósitos de relave, de todas formas debido al carácter general por el cual se le entregan competencias de fiscalización se producen una serie de superposiciones de competencias con “otros organismos sectoriales, como Seremi de Salud o la Dirección General de Aguas (DGA), tienen competencias, en virtud de otras normas, para ejercer la misma actividad fiscalizadora”⁶⁰. Pese a estas amplias competencias no hay mayor regulación relativa al procedimiento de fiscalización ni a la forma en que se puede solicitar una fiscalización o ejerce esta de oficio por la autoridad.

En este mismo grupo se podría considerar al SAG, este organismo obtiene sus competencias de fiscalización en distintos cuerpos normativos, al artículo 2 de la Ley 18.755 prescribe que “El Servicio tendrá por objeto contribuir al desarrollo agropecuario del país, mediante la protección, mantención e incremento de la salud animal y vegetal; la protección y conservación de los recursos naturales renovables que inciden en el ámbito de la producción

⁶⁰ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 117

agropecuaria del país y el control de insumos y productos agropecuarios sujetos a regulación en normas legales y reglamentarias”, en dicho cuerpo legal, en su artículo 3, se le entregan competencias de fiscalización genéricas relativas a las materias señaladas anteriormente, estas competencias se ven complementadas por leyes y reglamentos relativos a la protección de flora y fauna nativa, como la Ley de bosques y la Ley de Caza con su respectivo Reglamento. Las fiscalizaciones del servicio varían según los distintos y muy variados procedimientos que realizan funcionarios del SAG, en este sentido “las visitas inspectivas se insertan en cada uno de ellos de manera diferente, motivo por el cual no existe una mayor unificación de la forma en que los inspectores del SAG deben proceder en cada una de ellas”⁶¹. De esta forma pese a existir una gran cantidad de manuales correspondientes a distintos procedimientos productivos fiscalizados por el SAG, por sus diferencias no existe un único documento que pueda sistematizar los procedimientos de fiscalización del servicio⁶².

En segundo lugar, dentro de los organismos que regulan de forma básica sus procedimientos de fiscalización ambiental, se puede situar a la SISS, al respecto la Ley 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios entrega la competencia específica a esta institución la “fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias” conforme al artículo 2 de dicha normativa. Pese a ello, en cuanto al procedimiento de fiscalización en sí, no existe norma que lo detalle salvo el propio artículo 2 que establece que las fiscalizaciones podrán efectuarse de oficio o a solicitud de cualquier interesado⁶³. Probablemente una de las principales razones de ello es que el sistema tiene como eje el autocontrol por parte de los particulares a lo que la fiscalización directa del organismo cumple un rol más accesorio, en este sentido en cuanto a descargar de residuos industriales líquidos, “los establecimientos industriales que realicen las descargas de sus residuos industriales líquidos a los cursos de

⁶¹ LEAL, Brigitte. La potestad de fiscalización de la administración del Estado. Memoria para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2014. P. 300.

⁶² Ídem.

⁶³ Ibídem pp. 293 – 294.

agua superficiales y a aguas subterráneas están sujetos a la elaboración y entrega de informes de autocontrol”⁶⁴.

En este grupo también se puede ubicar a la CONAF, en este caso sus “facultades de fiscalización forestal se derivan de las atribuciones legales otorgadas a CONAF, contenidas en normas legales, entre las cuales se pueden mencionar la Ley de Bosques, la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, el DL 70”⁶⁵. El procedimiento particular de fiscalización no está regulado y destaca por su gran dispersión normativa y por compartir las competencias de fiscalización con otros entes como el SAG y carabineros de Chile. No obstante ello, sí se regula el inicio del procedimiento de fiscalización, el cual puede iniciarse de tres formas: i. Planificación Propia, se organizan inspecciones con el fin de verificar el cumplimiento técnico y administrativo de los instrumentos de gestión que la corporación ha entregado a los administrados, ejemplo de esto es el control de cumplimiento de plan de manejo, visitas de control a centros de acopios de alerce y procedimientos de detección de cortas ilegales; ii. Denuncias de terceros, la Corporación busca complementar sus actividades fiscalizadoras en base a las denuncias realizadas por los particulares, la denuncia puede ser formulada por cualquier persona natural o jurídica; iii. Requerimientos de otras instituciones, son solicitudes u órdenes efectuadas por diversas entidades sobre materias relativas al cumplimiento de la legislación forestal-ambiental⁶⁶.

Por último, en cuanto a los organismos con un mayor desarrollo relativo a sus procedimientos de fiscalización, se puede destacar a la DGA, al respecto la Resolución Exenta 4.396 del 24 de diciembre de 2015 “Manual de procedimiento general de tramitación de denuncias y fiscalización de oficio”, detalla dos procedimientos distintos de fiscalización, uno para las fiscalizaciones en base a denuncias y otro para las fiscalizaciones de oficio que se dividen a su vez entre las “fiscalizaciones selectivas” y las correspondientes a “hechos derivados de otros procedimientos de fiscalización”. En cuanto a los casos de denuncia, el procedimiento

⁶⁴ GÁLVES, Paulina y PAREDES, Paula. Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental: estudio práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2010. P. 86.

⁶⁵ CONAF. Memoria CONAF Marzo 2010 - Abril 2014. 2014. P. 105.

⁶⁶ GÁLVES, Paulina y PAREDES, Paula. Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental: estudio práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2010. P. 86.

comienza con la elaboración de un informe técnico preliminar, sobre el cual se basa la decisión de cerrar el expediente o continuar con el procedimiento, si se decide seguir el procedimiento se realiza la inspección en terreno y se elabora un nuevo informe técnico esta vez de las actividades de fiscalización, en base a este se decide si sancionar o no al fiscalizado. En el caso de las fiscalizaciones de oficio, estas inician con la inspección en terreno y considera la elaboración de dos informes técnicos de la fiscalización, el primero luego de la inspección y el segundo posterior a la posibilidad de realizar descargos por parte del fiscalizado, basándose en este último informe se toma la decisión de sancionar o no.

En este grupo se puede ubicar a su vez a la SEREMI de Salud, sus competencias de fiscalización se caracterizan por estar contenidas en una gran dispersión normativa, estas competencias incluyen fiscalizaciones relativas, a emisión y contaminación atmosférica, normas sanitarias de basurales, residuos peligrosos y descarga de riles, entre otras. Por otra parte, el código sanitario le entrega una competencia amplísima, en este sentido “la dota de facultades para fiscalizar todas las actividades que tienen injerencia en la salud de las personas⁶⁷. En cuanto al procedimiento, la resolución exenta N.º 216 “Manual de fiscalización sanitaria” del 13 de abril de 2012, regula en extenso no solo el procedimiento de fiscalización sino que también el procedimiento completo de un sumario sanitario, este puede iniciar de oficio o por denuncia, los fiscalizadores deberán constituirse en terreno y levantar la respectiva acta de inspección que tendrá carácter de pública debiéndose constatar de forma ordenada y legible los hechos constitutivos de infracción, de existir infracciones se deberá poner conocimiento formalmente al titular y este tendrá la posibilidad de asistir a una audiencia citada por la propia SEREMI en donde el denunciante ratifica su denuncia y el sumariado presenta sus descargos, el procedimiento detalla a su vez la posibilidad de presentar prueba y la forma de ponderarse⁶⁸.

En cuanto a las facultades que poseen los organismos sectoriales para realizar sus fiscalizaciones, estas están contenidas en una gran cantidad de cuerpos normativos dispersos y no son compartidas por la totalidad de los servicios. En esta línea, en primer lugar, se podría destacar la posibilidad que tienen los servicios de ingresar a sitios ya sean de propiedad

⁶⁷ *Ibíd*em p. 66.

⁶⁸ MINISTERIO DE SALUD. Resolución Exenta N° 216 “Manual de fiscalización sanitaria” del 13 de abril de 2012.

pública o privada, en algunos casos como en la SEREMI de Salud esta potestad de entrega de forma amplia permitiendo incluso allanar el lugar si está cerrado o solicitar ayuda de Carabineros de Chile⁶⁹, en el caso de SERNAGEOMIN también se consagra esta posibilidad obligando a su vez a que profesionales con cierto poder de decisión, atiendan a los fiscalizadores instruyéndolos sobre los procedimientos y lugares de importancia del proyecto, ello conforme al artículo 16 del Reglamento de Seguridad Minera. En el caso de la DGA, se consagra expresamente que no se debe ingresar a una propiedad privada sin el consentimiento de su propietario, señalando incluso que ese hecho está penado por la ley⁷⁰.

Otra facultad que es posible observar en algunos de estos organismos es la calidad de ministros de fe con que son revestidos sus funcionarios a la hora de realizar una fiscalización, en este sentido bastará lo señalado por el funcionario para dar por sucedido un hecho o circunstancia, de todas formas se admite prueba en contrario, como se señala en el Manual de Fiscalización de las SEREMI de Salud⁷¹ y la Ley de bosque Nativa aplicable al SAG y principalmente a la CONAF. También destacan diversas formas de realizar las fiscalizaciones que tiene actualmente CONAF, en este sentido podrá realizar patrullaje terrestre, patrullaje aéreo y el control de carreteras para identificar origen de productos forestales transportados⁷².

Otro aspecto relevante en cuanto a facultades, es que se extiende la posibilidad, del modelo de fiscalización de proyectos con RCA, de que exista un registro en línea y público de los incumplimientos de normativa ambiental, en este sentido, las infracciones a la normativa sectorial puede ser revisada a través del sistema SNIFA. “Así se desprende de los términos amplios en los cuales se redactan los artículos artículo 31 ter de la LBGMA y 31 de la ley 20.417, lo cual es sumamente positivo, ya que, las autoridades y ciudadanos podremos tener acceso a toda la normativa y a datos relevantes respecto del nivel de cumplimiento de los

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Manual de procedimiento general de tramitación de denuncias y fiscalización de oficio. 2015. P. 10.

⁷¹ MINISTERIO DE SALUD. Resolución Exenta N° 216 “Manual de fiscalización sanitaria” del 13 de abril de 2012. P. 10.

⁷² GÁLVES, Paulina y PAREDES, Paula. Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental: estudio práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2010. P. 35.

destinatarios de la norma, aun cuando se trate de normativa e instrumentos que no corresponde fiscalizar a la SMA”⁷³.

Por último, en cuanto a las distintas alternativas que tienen los servicios para realizar sus fiscalizaciones, existe una hegemonía de las fiscalizaciones efectuadas directamente por la autoridad, existiendo pocos casos donde se consagre a nivel legal la posibilidad de delegar dichas potestades a otros entes.⁷⁴ Al respecto, cabe destacar en primer lugar, la posibilidad de efectuarse auto muestreos o auto fiscalizaciones, como se señaló anteriormente, el sistema de fiscalización de la SISS se basa en un sistema de autocontrol de los particulares, control que puede ser revisado por la propia autoridad y en donde se trasladan los costos relativos a informes, muestreos y análisis a los establecimientos generadores de residuos industriales líquidos, ello conforme al artículo 11 c de la Ley 18.902.

En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de encargarle a terceros especializados labores de fiscalización, 4 de los organismos estudiados consagran en alguna medida dicha posibilidad, en el “Manual de procedimiento general de tramitación de denuncias y fiscalización de oficio” de la DGA se señala que dicha institución “puede externalizar las inspecciones de terreno a consultoras especializadas, las que deben concurrir debidamente identificadas y seguir las mismas instrucciones y recomendaciones del presente Manual bajo la supervisión del respectivo inspector fiscal del contrato”⁷⁵. En lo relativo a la SISS, los controles directos pueden ser realizados por laboratorios acreditados por el Instituto Nacional de Normalización, ello previa licitación pública,⁷⁶ similar es el caso de las SEREMI de Salud que conforme al artículo 35 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud se podrán efectuar convenios con tercero calificados para que lleven a cabo labores de inspección y verificación del cumplimiento normativo, “ello tendrá lugar cuando se requiera de una mayor dotación de personal o se requieran realizar esfuerzos materiales adicionales para enfrentar con éxito estos

⁷³ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 175.

⁷⁴ *Ibidem*. 139.

⁷⁵ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Manual de procedimiento general de tramitación de denuncias y fiscalización de oficio. 2015.

⁷⁶ GÁLVES, Paulina y PAREDES, Paula. Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental: estudio práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2010. P. 88.

procedimientos”⁷⁷. Por último, cabe destacar el caso de la CONAF en donde existe la institución de los acreditadores forestales que podrán ser personas naturales o jurídicas, que colaborarán con la institución para realizar labores de fiscalización⁷⁸.

iv. Sanciones

En cuanto al sistema de sanciones de la fiscalización de proyectos sin RCA, este depende de cada servicio en particular que cuenta con un procedimiento, catálogo de sanciones, medios de impugnación y medidas provisionales particulares. De esta forma igual que en el apartado anterior se caracterizará el sistema de sanciones de proyectos sin RCA a través del análisis de las normativas de los 6 servicios señalados anteriormente.

El primer punto que es relevante destacar, es que en el caso de los proyectos sin RCA no existe norma expresa que regule la posibilidad de medidas no represivas para que los particulares vuelvan a cumplimiento sin la necesidad de obrar una multa u otra sanción de por medio, en este sentido el sistema se focaliza en medidas disuasivas ante los incumplimientos a través de multas y otras sanciones, las que solo llegaran una vez quebrantada la normativa vigente, lo que puede significar finalmente en un deterioro en el Medio Ambiente. De esta forma, el sistema “se limita a imponer como sanción de menor intensidad la amonestación, que si bien no se traducen en una carga concreta para el infractor si es considerada por nuestro ordenamiento jurídico como una sanción.”⁷⁹

El modelo de sanciones en los procedimientos de fiscalización de proyectos sin RCA se basa en la imposición de sanciones represivas, dentro de estas sanciones tienen una gran preponderancia las sanciones monetarias por sobre otro tipo de sanciones. En cuanto a sanciones monetarias o de multas, estas existen de dos tipos en los organismos sectoriales seleccionas, las variables y las con topes fijo. Las variables pueden ser decretadas por la

⁷⁷ LEAL, Brigitte. La potestad de fiscalización de la administración del Estado. Memoria para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2014. P. 289.

⁷⁸ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 140

⁷⁹ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 146

CONAF en incumplimientos a la Ley 20.283 Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, de esta forma las multas consideran el valor comercial del producto proveniente de la corta ilegal o multas fijas por unidad de productos vendidos de manera ilegal. De toda forma este caso es excepcional dentro del sistema de multas de proyectos sin RCA⁸⁰.

En cuanto a las multas con topes fijos, los topes son muy variados y dependen de cada regulación particular, entre las más bajas están las que pueden imponer CONAF y el SAG que conforme a la Ley de Caza y Ley de Bosques las 25 y 20 UTM respectivamente, en la Ley Orgánica del SAG no se especifican rangos de multas. En cuanto al SERNAGEOMIN el Reglamento de Seguridad Minera le permite imponer sanciones de hasta 100 UTM. Por último, en el caso de la DGA, la SEREMI de Salud y la SISS el ordenamiento les permite imponer sanciones mayores, que pueden alcanzar las 1.000 UTM en el caso de incumplimientos al código de aguas y 2.000 UTM en el caso de la SISS y de las multas efectuadas por la SEREMI en caso de violaciones al Código Sanitario⁸¹.

En lo relativo a otros tipos de sanciones el panorama es aún más variado y por lo general se reservan este tipo de sanciones para los casos de infracciones más graves. En lo relativo al SAG y a la CONAF por regla general solo se permite el comiso de especies en cuanto a sanciones distintas a las multas, excepcionalmente el SAG podrá decretar la clausura del establecimiento en casos graves y por el tiempo máximo de 45 días y la CONAF podrá solicitar un Plan de Manejo de Reforestación para subsanar los daños generados. En segundo lugar, la facultad de decretar la clausura del establecimiento la tienen a su vez la DGA, la SEREMI de SALUD, SERNAGEMIN y la SISS, en estos dos últimos casos la clausura podrá ser total o parcial y temporal o indefinida. Por último, en el caso de la SEREMI de Salud está podrá imponer además de multas y de la clausura del establecimiento otro tipo de sanciones como la

⁸⁰ GÁLVES, Paulina y PAREDES, Paula. Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental: estudio práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2010. P. 43.

⁸¹ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. Pp. 161 – 166.

cancelación de la autorización de funcionamiento o permisos concedidos, la paralización de obras y el comiso, destrucción y desnaturalización de productos⁸².

En otro orden de ideas, en cuanto a la determinación de las multas, se puede señalar que el sistema de fiscalización de organismos sectoriales tiene claras diferencias entre los distintos servicios en este aspecto, en algunos se consideran una gran cantidad de circunstancias para la determinación específica de la sanción y en otros su regulación es prácticamente nula, este último, es el caso de la CONAF en tanto, más allá del valor comercial del producto, no considera mayor regulación en cuanto a dichas circunstancias. En el caso del SAG, este organismo considera tanto circunstancias que perjudican como benefician al infractor en la determinación de la sanción, de esta forma determina la gravedad de la infracción considerando reincidencia, gravedad de los daños y beneficios del infractor, en relación a las circunstancias que benefician al titular, solo considera las providencias que tomó la parte infractora para reducir los daños. En lo relativo a SERNAGEOMIN el desarrollo es más escaso, solo considera la reincidencia, y los perjuicios ocasionados o que se puedan ocasionar. En el caso de la DGA el ordenamiento es similar al de SERNAGEOMIN en tanto solo considera circunstancias la reincidencia y a la afectación a la población. Mismo caso ocurre con la SISS al considerar la reincidencia, el número de población afectada y la gravedad de la infracción. El mayor desarrollo a este respecto se puede apreciar en el caso de la fiscalización de las SEREMI de Salud, al respecto considera tanto circunstancias que perjudican y benefician al infractor, en el caso de las primeras considera reincidencia, repercusión epidemiológica, tipo de actividad económica o entidad económica infractora, maltrato físico o verbal al funcionario, ocultamiento de antecedentes, negativa de cooperar con la investigación y la rotura de sellos, por otra parte en cuanto a las segundas las SEREMI consideran la cooperación con la investigación, subsanación de deficiencias debidamente acreditadas antes de la dictación de la sentencia y la adopción voluntaria de medidas sanitarias.

En cuanto al procedimiento sancionatorio se podría señalar que en el modelo de fiscalización de proyectos sin RCA, “el procedimiento sancionatorio aplicable a las infracciones

⁸² GÁLVES, Paulina y PAREDES, Paula. Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental: estudio práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2010. P. 107.

ambientales varía profundamente de acuerdo a la normativa de que se trata. Incluso, en muchos casos la Ley solo se limita a señalar el órgano competente para sancionar y las sanciones aplicables a una infracción, pero sin señalar qué procedimiento debe utilizarse.”⁸³ En cuanto a los organismos estudiados, sin pretender analizar los procedimientos particulares de cada servicio, sí se vuelve relevante entregar algunas características generales de ellos. En primer lugar, cabe señalar que según los distintos ordenamientos e incluso según distintas normas de un mismo ordenamiento el procedimiento es llevado a cabo por el propio organismo o bien se tramita ante el Juzgado de Policía Local correspondiente. En segundo lugar, la regulación propia del procedimiento también se encuentra desagregada en distintos ordenamientos jurídicos, de esta forma en ocasiones el procedimiento es fijado por la Ley 19.880, en otras por las leyes orgánicas de los servicios e incluso por reglamentos o manuales dictados por el servicio. Por último, como una tercera característica de estos procedimientos de sanción, es que generalmente contemplan atribuciones para exigir el pago de las multas por medio de apercibimientos, el sistema asegura de distintas maneras, como internaciones carcelarias y aumentos de multa, en casos de demora en el pago⁸⁴.

Al igual que en el caso de la SMA, el modelo de fiscalización de proyectos sin RCA contempla medidas provisionales que pueden ser decretadas con anterioridad a la sanción, cabe hacer presente que las normativas aplicables no siempre realizan la distinción entre medidas correctivas, que pueden dictarse al momento de la inspección, y las medidas provisionales propiamente tales que solo pueden dictarse en el marco de un procedimiento sancionatorio para asegurar la decisión administrativa o judicial.⁸⁵ En cuanto a estas últimas medidas, existen grandes diferencias entre los servicios analizados y una carencia notoria de un procedimiento para dictar este tipo de medidas, por otra parte salvo en el caso del SAG no se expresa explícitamente la forma de recurrir en contra de una medida de este tipo. En cuanto al tipo de medidas, se puede destacar su gran variedad entre cada servicio, a modo de ejemplo, las SEREMI de Salud cuentan con la posibilidad de decretar un allanamiento, comiso

⁸³ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 166.

⁸⁴ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. Pp. 151 y ss.

⁸⁵ LEAL, Brigitte. La potestad de fiscalización de la administración del Estado. Memoria para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2014. P. 305.

suspensión de las descargas y el control y prohibición de expendio de sustancias, por su parte la SISS posee una norma amplia que le permite decretar las “medidas necesarias” y en el caso del SAG se pueden decretar medidas de baja intensidad como la retención de armas y productos⁸⁶.

Por último, habría que señalar algo en lo relativo a las posibilidades de reclamar en contra de las resoluciones sancionatorias. Al respecto, se puede observar que tanto las resoluciones administrativas como las judiciales contemplan alternativas de reclamación señaladas dentro de los mismos procedimientos o bien dentro de la normativa que sanciona las conductas, en el caso de las sanciones administrativas generalmente se consagra la posibilidad de ejercer el recurso de reposición y revisión ante la propia autoridad y recurso de reclamación ante el Juzgado de Letras respectivo o la Corte de Apelación. En el caso de las sanciones decretadas en sede judicial, como es el caso de las sanciones producto de infracciones de competencia de la CONAF, proceden los recursos propios en contra de una sentencia de un Juzgado de Policía Local, en este caso recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. Cabe hacer presente que dentro del modelo de fiscalización ambiental de proyectos sin RCA no tienen competencia los Tribunales Ambientales, ello es complejo en tanto son éstos los tribunales especializados en materia ambiental y que debiesen tener un conocimiento mayor en lo relativo a la importancia que una sanción administrativa relativa a fiscalización ambiental puede tener para la protección del Medio Ambiente.

En el siguiente cuadro se pueden apreciar algunas de las ideas relevantes en el análisis de la comparación de ambos modelos de fiscalización.

Fiscalización de proyectos con RCA	Criterio de comparación	Fiscalización de proyectos sin RCA
SMA y organismos sectoriales.	Órgano competente	Organismos sectoriales.

⁸⁶ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. Pp. 168 - 169

Procedimiento único regulado en las resoluciones exentas N° 276 y 277 del año 2013.	Procedimiento de fiscalización	Regulación particular de cada organismo, en algunos casos no existe regulación al respecto.
Amplias facultades incluyendo ingreso al inmueble, solicitar auxilio de fuerza pública y análisis de información en laboratorios privados.	Facultades de fiscalización	Facultades dispersas y diversas según regulación de cada organismo, en general, facultades de ingresar a inmuebles y calidad de ministros de fe.
Fiscalizaciones directas por funcionario de la SMA, fiscalización sectorial y fiscalización de entidades privadas.	Alternativas de fiscalización	Hegemonía de las fiscalizaciones realizadas por el propio organismo.
Desde amonestación escrita hasta multa de 10.000 UTA o revocación de la RCA.	Sanciones represivas	Multas bajas salvo excepciones como la SISS (2.000 UTA), la DGA o las Seremis de Salud (ambas 1.000 UTA); clausura de establecimientos.
Planes de reparación, PDC y solicitar el ingreso al SEIA.	Sanciones no represivas	Nulo desarrollo de vías no represivas.
Procedimiento regulado, amplias posibilidades de decretar medidas provisionales, posibilidad de vía recursivas en Tribunal Ambiental.	Procedimiento de sanción y vías recursivas	Gran dispersión normativa en procedimientos de sanción, posibilidades de decretar medidas provisionales, vía recursiva en Corte de Apelaciones, Tribunal Ambiental sin competencias.

CAPÍTULO II: Diferencias prácticas y análisis crítico de los modelos de fiscalización ambiental de proyectos con RCA y sin RCA.

Este segundo capítulo busca dar cuenta de las diferencias prácticas de los distintos modelos de fiscalización identificados, al respecto, el análisis se basará en primer lugar, en las acciones de fiscalización de faenas minera de la región de Antofagasta, tanto por parte de la SMA como por los organismos sectoriales a propósito de fiscalización de proyectos con y sin RCA, al respecto, se analizarán algunos puntos de comparación como el número de fiscalizaciones efectuadas, el personal disponible para ello, el equipo técnico y el presupuesto destinado para ello. En segundo lugar, el capítulo buscará analizar la experiencia práctica de ambos modelos de fiscalización a partir de los defectos y problemas que la doctrina y diversas instituciones han destacado en el funcionamiento de estos modelos.

A. Diferencias prácticas de los modelos de fiscalización ambiental con RCA y sin RCA, análisis a partir del estudio de fiscalizaciones realizadas entre los años 2013 y 2016 a proyecto mineros en la región de Antofagasta.

i. Antecedentes generales y precisiones metodológicas.

En Chile, están aprobadas actualmente cerca de 15.500 RCA's, distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional, desde el funcionamiento de la SMA, se han fiscalizado 575 unidades, dando lugar a 805 expedientes de fiscalización relativos a fiscalizaciones a RCA, al respecto, pareciera que la SMA no ha logrado establecer sistemas para lograr fiscalizar un mayor porcentaje de las unidades fiscalizables, es más, pese a que los proyectos aprobados han aumentado, la cantidad de expedientes de fiscalización generados año a año ha decrecido progresivamente pasando de 326 el año 2013 a 110 el año 2016⁸⁷. En el caso de los proyectos sin RCA, no existe registro del número de proyectos existentes en el país ni de la cantidad precisa de fiscalizaciones realizadas en los últimos años por los distintos organismos sectoriales.

⁸⁷ Datos públicos extraídos en línea en el sitio web: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Estadisticas/Resultado/1>, revisado el 11 de octubre de 2017.

Con respecto a la importancia de la minería dentro de estas fiscalizaciones, el sector concentra el 22% de las fiscalizaciones a RCA por parte de la SMA, lo que lo lleva a ser el sector con más fiscalizaciones. En esta misma línea, al revisar los programas y subprogramas de fiscalización de los años 2013, 2014, 2015 y 2016, en todos los años es el sector que más fiscalizaciones programadas tiene, variando desde un 20% a un 35%, esto se condice con lo señalado por el propio superintendente Cristián Franz, al respecto, preguntado por la tendencia que las multas del sector minero sean las más altas, señaló que “siempre ha sido un objetivo prioritario para la Superintendencia fiscalizar la minería. Sería absurdo que la SMA de un país cuyo principal producto de exportación es el cobre, no fiscalice a las empresas que producen cobre”⁸⁸, agregando que en lo relativo a los montos de las multas, “las sanciones han sido los más significativos en la minería y la razón es simple: el tamaño de sus proyectos, el volumen del espacio que ocupan y la proporción de riesgo o daño que pueden provocar hace que las sanciones definitivas sean mayores”⁸⁹.

Por su parte, con respecto a la región de Antofagasta, en ella se emplazan la mayoría de las faenas mineras de nuestro país, ello debiese seguir incrementándose en tanto la región de Antofagasta concentra el 70% de las inversiones en minería proyectadas al año 2020.⁹⁰ En cuanto a proyectos con RCA, en la región existen 150 unidades fiscalizables que incluyen 483 RCA’s favorables, siendo el rubro que tiene más RCA’s aprobadas y más unidades fiscalizables de la región⁹¹.

Con respecto a los proyectos sin RCA, no existen cifras certeras al respecto, para tener alguna perspectiva, se puede señalar que el año 2011 existían 443 faenas mineras, ya sea activas como temporalmente paralizadas, que no guardan relación con ninguno de los proyectos mineros que actualmente sí tienen RCA⁹², es decir, que al menos existen 443 faenas mineras

⁸⁸ En línea en sitio web: <http://www.mch.cl/2016/06/03/cristian-franz-siempre-ha-sido-prioritario-para-la-sma-fiscalizar-la-mineria/> revisado el día 20 de octubre de 2017.

⁸⁹ Idem

⁹⁰ En línea en sitio web: <http://www.norteminero.cl/antofagasta-concentra-el-73-de-la-inversion-minera-nacional-al-2020/> revisado el día 20 de octubre de 2017,

⁹¹ Datos públicos extraídos en línea en el sitio web: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Estadisticas/Resultado/1>, revisado el 11 de octubre de 2017.

⁹² Cifra extraída al contrastar información del “Atlas de faenas mineras Regiones de Antofagasta y Atacama” del SERNAGEOMIN (extraído online de http://biblioteca.sernageomin.cl/opac/DataFiles/Atlas_Faenas_Mineras_07_Region_2_3.pdf, revisado el 20 de diciembre de 2017) con información entregada por SERNAGEOMIN vía transparencia sobre proyectos mineros con RCA en la región.

que carecen de RCA en la región. Ahora bien, el modelo de fiscalización de proyectos sin RCA no se limita a estas faenas mineras, ello en tanto, habría que sumarle las fiscalizaciones de las instalaciones no contempladas en RCA de faenas mineras que sí tienen proyectos aprobados ambientalmente, es decir, instalaciones no contempladas en las RCA de sus faenas mineras, ya sea por ser anteriores a la existencia del SEIA, por no haber sido incluidas en modificaciones posteriores o por no estar consideradas dentro del artículo 10 de la Ley 19.300. Es por esta razón, que es extremadamente difícil contar con un registro o el número preciso de proyectos mineros que no cuenten con RCA.

De todas formas, es importante destacar que en uno de los rubros que más ha generado conflictos ambientales en Chile, como es el sector minero, aún existen proyectos de gran antigüedad que no han sido evaluados ambientalmente, por ello, es de gran relevancia la existencia de una efectiva práctica fiscalizadora que determine el cumplimiento e incumplimiento de la normativa ambiental. En este apartado se buscará dar cuenta de las diferencias existentes entre la fiscalización de faenas mineras del norte del país, entre aquellas que poseen RCA y aquellas que no.

Para ello, se compararán los dos modelos de fiscalización identificados en base al análisis concreto de la práctica fiscalizadora de faenas mineras con RCA y faenas mineras sin RCA de la Región de Antofagasta. Cabe destacar, que la información relativa a las fiscalizaciones realizadas por los organismos sectoriales no es posible encontrarla “en línea”, como sí es el caso de las fiscalizaciones a proyectos con RCA, en este sentido, parte de la información fue obtenida mediante consultas de transparencia y mediante el cruce de la información general de fiscalizaciones ambientales del país, es por ello que cabe hacer la prevención de que la información relativa a la fiscalización de los organismos sectoriales carece de la precisión y cantidad de información que sí existe en las fiscalizaciones dentro del ámbito de competencias de la SMA. Una segunda prevención tiene relación con el hecho de que, tanto en el estudio de la práctica de fiscalizaciones a proyectos con RCA, como con los sin RCA, se tomarán en consideración solo los organismos sectoriales identificados en capítulos anteriores, de esta forma este trabajo no pretende considerar la totalidad de fiscalizaciones ambientales sectoriales realizadas en la región y solo buscar establecer ciertos parámetros con los cuales

podamos hacernos una idea del estado de la fiscalización ambiental de ambos sistemas en el sector minero. Por último, en cuanto a las fiscalizaciones realizadas por la SMA, cabe hacer presente que se excluyeron de este estudio las fiscalizaciones realizadas a propósito de un Plan de Descontaminación o de cumplimiento de Normas de Emisión, ello en tanto este estudio se restringe a comparar los dos modelos de fiscalización según la variable de si los proyectos poseen o no RCA excluyéndose fiscalizaciones generales que no distingan esta variable.

ii. Fiscalización de proyectos mineros con RCA, ubicados en la región de Antofagasta.

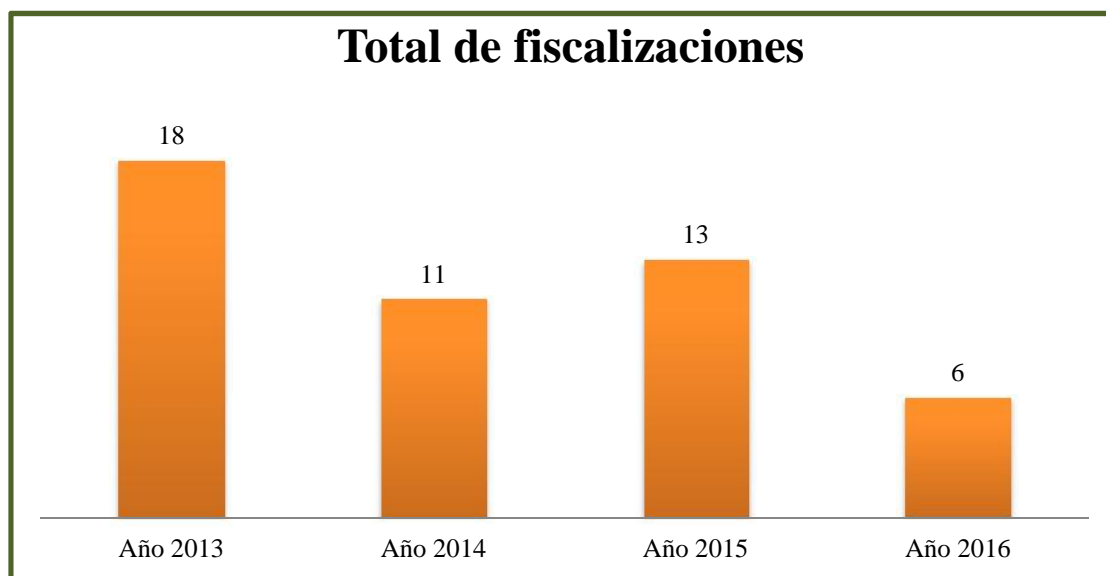
a. Cantidad

En primer lugar, el principal factor para analizar el estado de la fiscalización ambiental de proyectos mineros con RCA, ubicados en la región de Antofagasta, es la cantidad de fiscalizaciones realizadas en los años 2013, 2014, 2015 y 2016, para ello, se analizará el número total de fiscalizaciones realizadas y la participación que los distintos servicios seleccionados tuvieron en ellas. En este sentido, cabría hacer dos prevenciones, la primera es que una misma fiscalización puede haber sido realizada por distintos servicios y ello no implica que hayan sido los únicos servicios participantes del proceso de elaboración de informes u otras actividades posteriores, de esta forma, la información entregada considerará solo los servicios participantes en la inspección propiamente tal. La segunda prevención es que, para la cifra total de fiscalizaciones, no se considerarán las fiscalizaciones realizadas por la DGA, ello en tanto, la información entregada por el servicio no distingue si la fiscalización fue realizada a una unidad que contaba o no con RCA aprobada, es por ello que la información particular de este servicio será analizada de forma separada. Un caso similar es el de las fiscalizaciones de la SEREMI de Salud, pese a ello, sí se consideraron las fiscalizaciones sistematizadas en el SNIFA y que necesariamente corresponden a proyectos con RCA, el resto de la información entregada por el organismo será analizada de forma aparte.

En cuanto al total de fiscalizaciones, como se ve en el siguiente gráfico, 2013 fue el año en que se realizaron más fiscalizaciones con 18, seguido por el 2015 con 13, 2014 con 11 y

finalmente el año 2016 destacando por haberse efectuado solo 6 fiscalizaciones ambientales. Incluso la cifra de 18 fiscalizaciones al año pareciera ser insuficiente para la gran cantidad de proyectos mineros en la región. De todas formas, cabe señalar, que una misma fiscalización puede realizarse en más de un solo día y considera generalmente más de una RCA por proyecto inspeccionado.

Cuadro 1: Total de fiscalizaciones a proyectos mineros con RCA de la segunda región en los años 2013, 2014, 2015 y 2016⁹³.

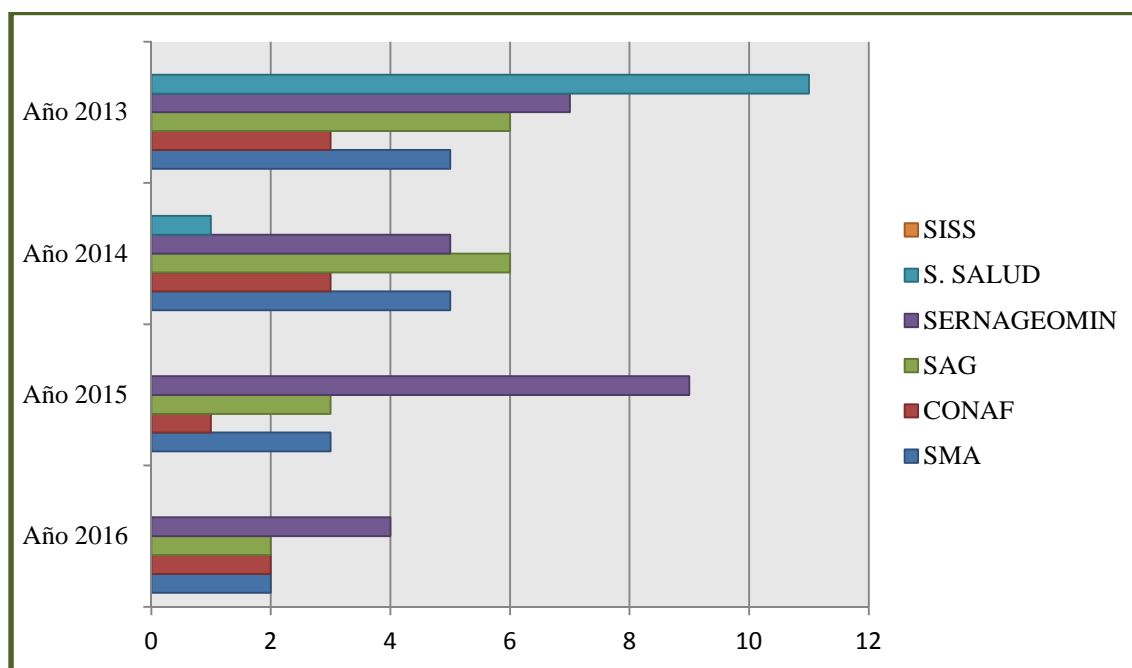


El siguiente gráfico muestra la participación de los distintos servicios seleccionados en las visitas inspectivas relativas a las fiscalizaciones señaladas, en líneas generales, se podría decir que el SAG, la SMA y el SERNAGEOMIN son los organismos que más participación tienen en las inspecciones, en el caso de este último, la totalidad de inspecciones realizadas por el servicio en los 4 años son relativas a faenas mineras. El caso de la SEREMI de Salud es particular en tanto existe una abismante diferencia entre su participación del año 2013 con el resto de los años. Por último, destaca el hecho de que la SISS no haya participado en ninguna fiscalización a instalaciones mineras en la región, de hecho, al revisar los programas y subprogramas de fiscalización, en la región de Antofagasta solo registra 2 fiscalizaciones para los 4 años analizados, ello puede tener relación con el hecho de que gran parte de la

⁹³ Elaboración propia a partir de datos obtenidos por medio del sistema SNIFA.

información obtenida por dicho servicio es a través del análisis de los autoreportes de los particulares⁹⁴.

Cuadro 2: Participación de organismos en fiscalización efectuadas en los años 2013, 2014, 2015 y 2016⁹⁵.



Ahora bien, en lo relativo a la DGA es necesario señalar algunas cuestiones previas. Al analizar la información entregada por el servicio vía transparencia, se puede apreciar que la institución no distingue entre fiscalizaciones a faenas con RCA y sin RCA. De todas formas, cabe precisar que de la contrastación de las faenas mineras fiscalizadas por la DGA con la información proporcionada por SERNAGEOMIN, relativa a proyectos mineros de Antofagasta que cuenten o no con RCA, se puede concluir que la gran mayoría de las faenas fiscalizadas cuentan a lo menos con 1 RCA favorable, solo 3 de estas fiscalizaciones fueron realizadas a proyectos sin RCA. El problema de ello es que esta información no basta para incluir dichas fiscalizaciones dentro de las relativas a proyectos con RCA, ello en tanto, un mismo proyecto suele tener faenas o instalaciones aprobadas ambientalmente y otras que no,

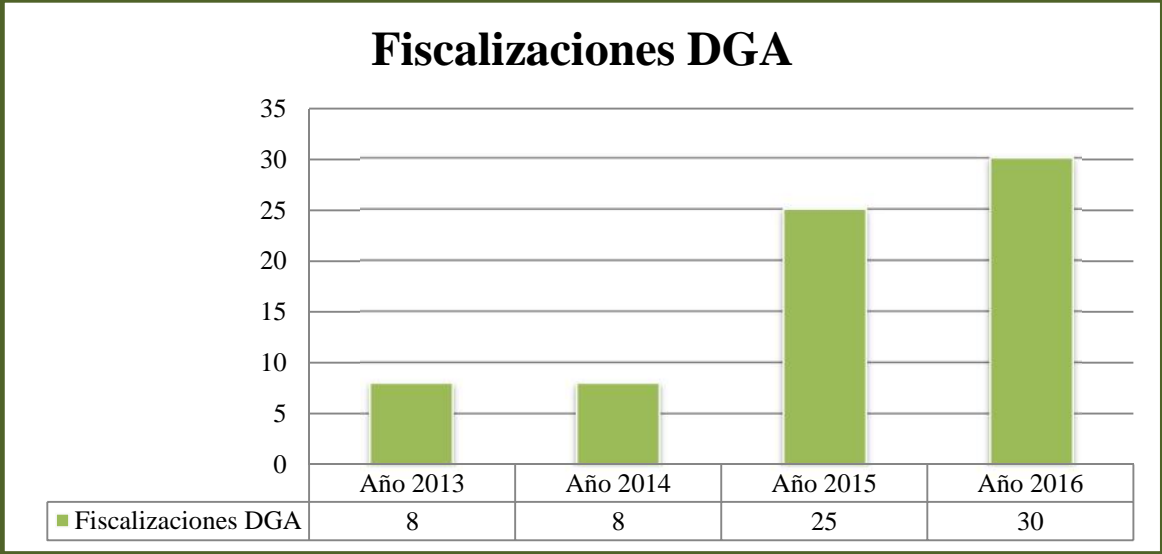
⁹⁴ Datos propios a partir del análisis de los programas y subprogramas de fiscalización de los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

⁹⁵ Elaboración propia por medio del levantamiento de datos realizado en el marco de la presente investigación, a partir de la revisión de los programas y subprogramas de fiscalización de la SMA.

por ejemplo aquellas existentes de forma anterior al SEIA, con lo que no es posible concluir que las fiscalizaciones efectuadas por la DGA correspondan necesariamente a instalaciones aprobadas ambientalmente.

Dicho lo anterior, cabe destacar la gran cantidad de fiscalizaciones realizadas anualmente por el servicio, superando incluso la totalidad de fiscalizaciones realizadas a propósito de los programas y subprogramas de fiscalización ambiental de los años 2015 y 2016.

Cuadro 3: Fiscalizaciones realizadas por la DGA en los años 2013, 2014, 2015 y 2016⁹⁶.

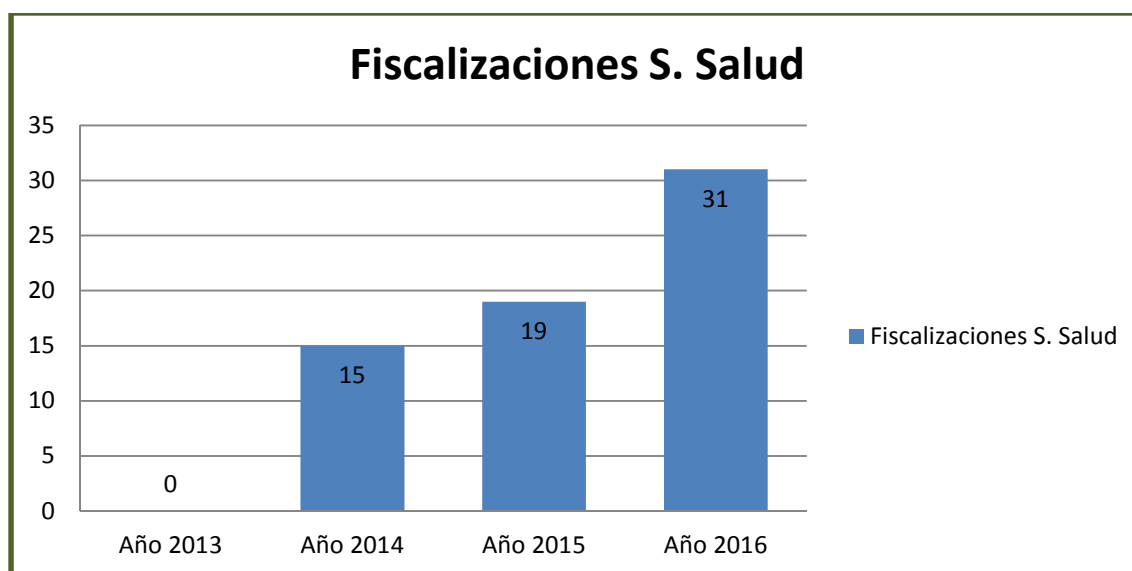


El caso de la SEREMI de Salud es similar, ello debido a que la información entregada por el organismo no hace la distinción entre proyectos con RCA y sin RCA, nuevamente la gran mayoría de las fiscalizaciones corresponden a proyectos que sí tienen RCA y solo 7 de ellos son proyectos que no cuentan con dicho instrumento, como se explica anteriormente, ello no permite concluir que las fiscalizaciones a proyectos con RCA necesariamente fueron a instalaciones específicas evaluadas ambientalmente.

⁹⁶ Elaboración propia, análisis a partir de respuesta a solicitud de transparencia respondida el día 29 de septiembre del año 2017.

Los datos entregados por el organismo nos muestran que los números parecieran complementar la información existente en los programas y subprogramas de fiscalización ambiental, ello en tanto, por el contrario de lo que sucedía en la participación de este organismo en las fiscalizaciones de los programas ambientales, donde se concentraban casi su totalidad en el año 2013, en los datos entregados por transparencia el 2013 no cuenta con fiscalizaciones y el resto de los años sí existen datos relevantes de fiscalizaciones de la institución, ello puede verse en el siguiente gráfico.

Cuadro 4: Fiscalizaciones realizadas por la SEREMI de Salud en los años 2013, 2014, 2015 y 2016 (no consideradas en programas y subprogramas)⁹⁷.



b. Tipo de fiscalización

En un segundo orden de ideas, cabe destacar el tipo u oportunidad por la cual se producen las fiscalizaciones de los proyectos con RCA, es decir, si las fiscalizaciones fueron gatilladas por la presentación de una denuncia, de oficio por las autoridades, programadas por la SMA u otras. Este aspecto es relevante en tanto nos permite distinguir si estamos ante un tipo de fiscalización reactiva, aquella que aparece luego de que haya ocurrido algún hecho de cierta relevancia para el medio ambiente o producida alguna denuncia en esta misma línea, o bien

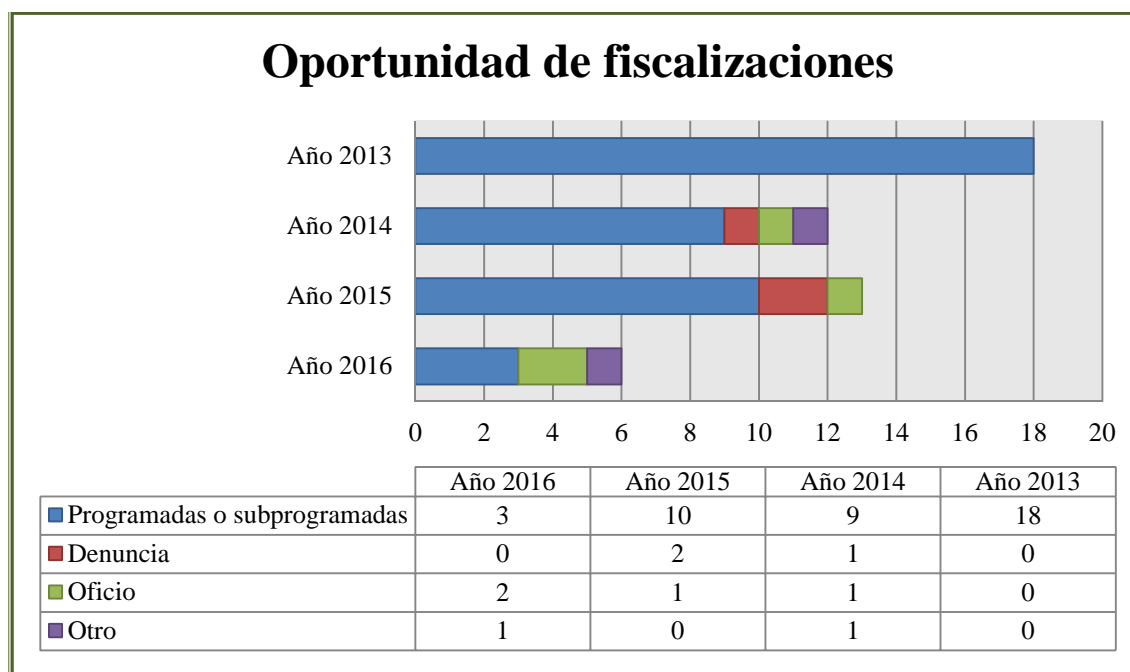
⁹⁷ Elaboración propia, análisis a partir de respuesta a solicitud de transparencia respondida el día 13 de octubre del año 2017

podría ser preventiva, de aquellas que se anteponen a la producción de hechos con relevancia para el medio ambiente evitando que estos se produzcan.

En el caso de las fiscalizaciones de proyectos mineros con RCA, existe una amplia primacía de las realizadas a propósito de los programas y subprogramas de fiscalización, del total de fiscalizaciones de los 4 años analizados 40 se llevaron a cabo a propósito de dichos programas, ello es muy superior a las llevadas a cabo a propósito de otras oportunidades, solo 3 por denuncia, 4 de oficio y 2 incluidas en la categoría de otros, ambas correspondientes a procesos de validación de CEMS⁹⁸.

De esta forma, se puede concluir que el modelo responde claramente a un modelo más preventivo que reactivo, lo cual es positivo en tanto genera mayores posibilidades para la anticipación y prevención de la generación de daños al medio ambiente. Las cifras anteriores quedan demostradas en la siguiente tabla.

Cuadro 5: Tipos de fiscalizaciones a proyectos con RCA⁹⁹.



⁹⁸ Datos propios a partir del análisis de los programas y subprogramas de fiscalización de los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

⁹⁹ Elaboración propia por medio del levantamiento de datos realizado en el marco de la presente investigación, a partir de la revisión de los programas y subprogramas de fiscalización de la SMA.

c. Presupuesto, equipo técnico y personal.

En lo relativo a presupuesto destinado para realizar fiscalizaciones a proyectos con RCA, cabe señalar que no existen cifras específicas relativas al rubro de la minería ni menos a los proyectos mineros con RCA en la región de Antofagasta, pese a ello, se puede destacar el hecho de que sí existe información pública relativa a los presupuestos generales que la SMA deberá destinar a fiscalización ambiental de proyectos e información del presupuesto anual que cada organismo sectorial y la propia SMA destinarán a los programas y subprogramas de fiscalización divididos por región. Esta información puede ser revisada en los propios programas y subprogramas de fiscalización y en la Dirección General de Presupuesto.

En cuanto al personal, la situación es similar, existe información en línea de los funcionarios de planta y a contrata que integran la División de Fiscalización de la SMA pero dicha información no especifica ni rubro ni región a la cual está destinado el personal.

Por último, en lo relativo a equipo técnico disponible la SMA cuenta con distintos instrumentos disponibles y usados en actividades de fiscalización minera, en cuanto a fiscalizaciones de agua dispone de multiparametros para analizar componentes del agua, pozometros, set de bombeo para muestras automáticas de agua y caudalimetro, en lo relativo al suelo dispone de analizadores XRF para metales y aleaciones y barrenos y otros equipos de perforación, por último en cuanto al territorio la SMA cuenta con GPS normal y submétrico, cámaras fotográficas y de video y distanciometros.¹⁰⁰

d. Sanciones.

Finalmente, en cuanto a las sanciones decretadas a propósito de procedimientos de fiscalización de proyectos con RCA, tratándose de procedimientos sancionatorios en contra de faenas mineras de la región de Antofagasta solo se han abierto tres procedimientos dentro de los años 2013, 2014, 2015 y 2016. Los tres procedimientos fueron iniciados el año 2016 y han

¹⁰⁰ Análisis a partir de respuesta a solicitud de transparencia respondida el día 7 de noviembre del año 2017.

seguido la vía de la presentación de programas de cumplimiento como vía alternativa de solución del conflicto, dos de ellos tienen dichos programas de cumplimiento aprobados y están actualmente en ejecución y el último procedimiento aún no se aprueba el programa de cumplimiento presentado por el titular. En este sentido, pese a que en la mayoría de las fiscalizaciones se presentan inconformidades con las RCA de los proyectos mineros, estas no son de suficiente magnitud como para iniciar un procedimiento sancionatorio, por otro lado, cabe destacar que por el momento no se han decretado multas en contra de proyectos mineros de la segunda región del país.

iii. Fiscalización de proyectos mineros sin RCA, ubicados en la región de Antofagasta.

a. Servicio Agrícola Ganadero.

En primer lugar, en lo relativo al SAG, según los datos entregados por el propio organismo, en los años 2013, 2014, 2015 y 2016 solo se produjo 1 fiscalización ambiental a proyectos mineros que no cuenten con RCA, ella fue realizada el día 1 de julio de 2014 al proyecto minero “Minera Guanaco”, dicha fiscalización se gatilló producto de una denuncia de un tercero y no hay información relativa a una sanción aplicada por la entidad.

En cuanto a presupuesto y funcionarios destinados por el servicio a estas materias, el organismo no cuenta con un presupuesto específico para actividades de fiscalización ambiental de proyectos mineros, pero sí dispone de un ítem presupuestario para realizar fiscalización de normativa sectorial SAG y actividades encomendadas por la SMA en los sectores de Antofagasta y El Loa, estos valores rondan los 7.000.000 de pesos por año. Con respecto a la cantidad de funcionarios destinados a dichas labores tampoco se puede hacer una comparación entre ambos modelos de fiscalización ya que no se distinguen la cantidad de funcionarios destinados a uno u otro tipo de fiscalización, de todas formas, cabe constatar que conforme a lo señalado por el servicio 14 son los funcionarios disponibles para ejecutar labores de fiscalización en la región¹⁰¹.

¹⁰¹ Análisis a partir de respuesta a solicitud de transparencia respondida el día 28 de septiembre del año 2017

b. Corporación Nacional Forestal.

En segundo lugar, conforme a lo informado por la CONAF¹⁰², no se registran fiscalizaciones realizadas por el servicio a proyectos mineros de la región de Antofagasta que no cuenten con RCA, en los cuatro años que se ha basado este estudio el servicio no cuenta con registros de fiscalizaciones del organismo a este tipo de proyectos. Consecuentemente, no hay información relativa a oportunidad, personal, equipo técnico, presupuesto ni sanciones.

c. Servicio Nacional de Geología y Minería.

En tercer lugar, el caso del SERNAGEOMIN pese a ser similar al caso de la CONAF tiene ciertas particularidades. En cuanto a la información entregada vía transparencia, el servicio no registra información relativa a fiscalizaciones que no estén contenidas en los programas y subprogramas de fiscalización, es decir que no registra fiscalizaciones ambientales a proyectos sin RCA desde el año 2013 al año 2016¹⁰³, no obstante ello, habría que precisar que SERNAGEOMIN tiene otras competencias de fiscalización que no se restringen a lo puramente ambiental, así el servicio realiza una gran cantidad de fiscalizaciones relativas a Seguridad Minera y al Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, conforme al Reglamento de Seguridad Minera y a la Ley 20.551 respectivamente. A modo de ejemplo, el año 2014 se realizaron 1.854 fiscalizaciones solo en la región de Antofagasta por concepto de Seguridad Minera¹⁰⁴ y el año 2015 29 fiscalizaciones en Antofagasta por Cierre de Faenas¹⁰⁵.

No se entregó información del SERNAGEOMIN correspondiente a personal, equipo técnico y presupuesto.

d. SEREMI de Salud y Dirección General de Aguas.

¹⁰² Análisis a partir de respuesta a solicitud de transparencia respondida el día 14 de octubre del año 2017

¹⁰³ Análisis a partir de respuesta a solicitud de transparencia respondida el día 7 de noviembre del año 2017

¹⁰⁴ SERNAGEOMIN. Cuenta pública año 2014. 2015. P. 184.

¹⁰⁵ SERNAGEOMIN. Cuenta pública año 2015. 2016. P. 28.

Como ya se señaló anteriormente, la información entregada por estos servicios no permite realizar una distinción entre fiscalización de proyectos con y sin RCA, ello en tanto no es posible concluir que las fiscalizaciones efectuadas por los organismos correspondan necesariamente a instalaciones aprobadas ambientalmente. Pese a ello cabe destacar que la inmensa mayoría de estas fiscalizaciones se realizaron a proyectos que poseen alguna RCA, en este sentido pese a que no es posible determinar con exactitud si las instalaciones específicas fiscalizadas cuentan o no con dicho instrumento de gestión ambiental, sí se puede señalar que usualmente, dada la importancia que tienen las instalaciones de emisión y extracción de aguas (relacionadas con las principales materias de fiscalización de los servicios señalados), lo más probable es que dichas instalaciones sí hayan ingresado al SEIA ya sea de forma directa o incluidas en modificaciones de proyectos anteriores a la vigencia del SEIA. En este sentido, es probable que estas fiscalizaciones efectivamente se hayan realizado a proyectos con RCA, pero que estén fuera de los programas y subprogramas de fiscalización.

e. Superintendencia de Servicios Sanitarios.

El caso de la SISS es necesario analizarlo de forma aparte, ello en tanto dicha institución, en lo relativo a fiscalización de proyectos que no estén vinculados a la prestación de servicios sanitarios, poseía competencias de fiscalización de descargas de riles afectas al DS. SEGPRES N°90/00¹⁰⁶, al DS. SEGPRES N°46/02¹⁰⁷ y DS. SEGPRES N°80/05¹⁰⁸, todas ellas normas de emisión, en este sentido, atendiendo que conforme al art. 3 letra c) de la LO-SMA será competencia de la SMA la fiscalización de normas de emisión, la fiscalización de dichos DS. son competencia de la SMA desde diciembre del año 2012, en ello el organismo se justificó para no llevar un registro de las fiscalizaciones de proyectos que no cuenten con RCA.

No obstante lo anterior, la SISS “para colaborar con la continuidad de esta función, ha suscrito un convenio de recomendación de las acciones de fiscalización con la SMA, que se traduce en comprometer un determinado número de fiscalizaciones”¹⁰⁹, al respecto cabe destacar la nula

¹⁰⁶ Establece norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales.

¹⁰⁷ Establece norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.

¹⁰⁸ Establece la norma de emisión para molibdeno y sulfato de efluentes descargados desde tranque de relaves al Estero Carén.

¹⁰⁹ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS. Balance integral de gestión año 2013. 2014. P. 21.

relevancia que tiene la región de Antofagasta en este tipo de convenios de fiscalización, en este sentido, de las 1.206 fiscalizaciones que se han llevado a cabo en esta materia en los 4 años estudiado, ninguna sola ha correspondido a la fiscalización de algún proyecto de la región de Antofagasta¹¹⁰, siendo la única región del país que sucede este fenómeno. Ello, a pesar de no ser concluyente en cuanto a la diferenciación de fiscalizaciones de proyectos con o sin RCA, sí sigue la línea de los datos entregados anteriormente de reflejar la escasa fiscalización general que existe en las faenas mineras de la región.

Del análisis general de la información relativa a la fiscalización de los proyectos mineros sin RCA de la región de Antofagasta, se puede destacar en primer lugar, la escasa y nula información que existe de fácil acceso al público general con respecto a este tipo de fiscalizaciones, en esta misma línea, los propios servicios parecieran carecer de registros fidedignos que permitan entregar una información realmente útil para realizar una comparación concluyente de los distintos modelos de fiscalización operativos en el país, la información entregada por los servicios no permite realizar un análisis más acabado en lo relativo a cantidad, oportunidad, sanciones, equipo técnico, personal y presupuesto de los diversos modelos. A pesar de lo anterior, saltan a la vista distintos indicios que permiten dar cuenta de la escasez de fiscalizaciones realizadas en el sector a proyectos sin RCA, solo un servicio señala claramente haber efectuado una fiscalización a un proyecto minero que no cuente con RCA, la cual se podría sumar a las 3 fiscalizaciones realizadas por la DGA y las 7 de la Seremi de Salud, esta cantidad parece excesivamente escasa para la importancia de la actividad en la región y los peligros que actividades que carecen de evaluación ambiental puedan ocasionar en el medio ambiente.

Fiscalización a proyectos mineros con RCA	Criterio de comparación	Fiscalización a proyectos minero sin RCA
--	--------------------------------	---

¹¹⁰ Análisis a partir de los balances de gestión de la SISS de los años 2013 al 2016.

48 fiscalizaciones.	Número de fiscalizaciones en los 4 años estudiados*	11 fiscalizaciones.
Mayormente programadas	Tipos de fiscalizaciones	Falta información.
En los 3 procedimientos se ha optado por presentar PdC.	Sanciones	No hay información de sanciones.

*Solo considerando las fiscalizaciones que, según lo expuesto anteriormente, existe certeza de que corresponden a uno u otro modelo.

B. Análisis crítico de los modelos de fiscalización ambiental de proyectos con RCA y aquellos sin RCA.

La siguiente sección busca analizar los dos modelos de fiscalización ambiental identificados, a partir de las principales críticas y problemas prácticos que la doctrina ha realizado a estos dos modelos y que surgen luego de la presente investigación. Esta tarea resulta relevante, en tanto, para realizar una comparación completa de ambos modelos, es fundamental recoger lo que diversas autoridades especializadas en la materia han sostenido al respecto y darle un análisis más crítico a las características y datos obtenidos en las secciones anteriores.

Para ello, esta sección será dividida en 4 partes. En primer lugar, se expondrán las críticas al modelo de fiscalización de proyectos con RCA vigente luego de la puesta en marcha de la LO-SMA. En segundo lugar, se analizarán las principales críticas que se han realizado a los modelos de fiscalización ambiental sectorializados como es el caso del de los proyectos que no cuentan con RCA. En tercer lugar, críticas que se han realizado al hecho de que ambos sistemas convivan actualmente en Chile. Por último, se realizará un breve análisis a la diversa jurisprudencia que se ha referido a la materia.

i. Análisis crítico del modelo de fiscalización ambiental de proyectos con RCA.

Pese a que muchas de las críticas, que se le realizaban a la fiscalización ambiental previo a la entrada en vigencia de la LO-SMA, fueron subsanadas con la nueva institucionalidad, ésta trajo consigo nuevas críticas relativas a ciertas carencias que se pueden detectar en cuanto a fiscalización de proyectos con RCA. De esta forma, estas críticas se podrían agrupar en tres grupos distintos, en primer lugar, críticas relacionadas con el número y distribución de las fiscalizaciones, en segundo lugar, críticas al sistema de autodenuncia y, en tercer lugar, relativas a atribuciones excesivas.

En cuanto al primer punto, se ha criticado por un lado la imposibilidad que tiene la SMA y el sistema de fiscalización general de proyectos con RCA de hacer frente a la fiscalización de la gran cantidad de RCA vigentes y que se continúan aprobando año a año, por otra parte, se ha destacado a su vez el bajo porcentaje de denuncias a la SMA que finalmente termina con un procedimiento sancionatorio, a este respecto, cabría señalar a modo de ejemplo que “hubieron más de 1.600 denuncias el año 2013, mientras el año 2014 se llegó a 1.499. No obstante lo anterior, los años 2013 y 2014 se iniciaron solo 54 procedimientos sancionatorios originados por este motivo.”¹¹¹ Estas críticas se condicen con lo analizado en el apartado anterior donde quedó graficada, por un lado, la escasa cantidad de fiscalizaciones realizadas de forma anual a las faenas mineras de la región de Antofagasta y por otro lado, el bajo porcentaje de fiscalizaciones que terminan finalmente en un procedimiento sancionatorio.

Se pueden detectar tres razones que justifiquen estas carencias en el número de fiscalizaciones, en primer lugar, ello se debería a factores económico y falta de recursos generales, en este sentido el propio superintendente Cristián Franz señaló en junio del año 2016, ante la Comisión de Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, que una de las razones que justificaba la imposibilidad de haber atendido una denuncia relativas al proyecto Mina Invierno, era que debido a la gran cantidad de expedientes de denuncias y a la falta de recursos de la SMA, ésta se veía obligada a priorizar las denuncias que pudiesen implicar un mayor riesgo al medio ambiente, en esta misma línea reconoció que el organismo no contaba con suficientes recursos ni personal para fiscalizar el cumplimiento de las 15.177 RCA vigentes

¹¹¹ KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 2015. P. 274.

dicho año¹¹², en esta misma línea, el ex ministro de Medio Ambiente, Pablo Badenier, señalaba el año 2016 que los recursos estatales destinados a fiscalización eran insuficientes para registrar las distintas fuentes de contaminación¹¹³.

Por otra parte, la falta de servicio se debería a que los organismos sectoriales, desprovistos de la posibilidad de sancionar conductas de proyectos con RCA, han orientado sus recursos hacia fiscalizaciones sectoriales de su total competencia, ello con el propósito de llevarse el “crédito político” que trae consigo el detectar y sancionar un incumplimiento.¹¹⁴ Por último, dicha falta de servicio se debería a la ausencia de mecanismos expeditos y estandarizados para la sanción de ciertas faltas más comunes o de menor gravedad, lo que permitiría a la larga descongestionar el sistema de denuncias y agilizar los procedimientos de fiscalización y sanción¹¹⁵.

En el informe final de la auditoría realizada por la Contraloría General de la República a la SMA, la cual tenía por objeto “practicar una auditoría a la labor de fiscalización ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente, respecto al cumplimiento de las exigencias definidas en las RCA de proyectos de desarrollo minero en operación al año 2015, ubicados en las comunas de Antofagasta, Calama, Copiapó y Tierra Amarilla, considerando los compromisos ambientales relacionados con la descarga de residuos líquidos como eje central de la fiscalización”¹¹⁶, en su informe final se daba cuenta de la escasa fiscalización que se habían realizado en dichas materias en cuanto la SMA había fiscalizado solo 14 de las 116 medidas contenidas en las RCA de 55 proyectos mineros, ello se justificó en la imposibilidad de la SMA de fiscalizar el total de RCA y en que la institución no habría solicitado los informes de autofiscalización que las propias RCA de los proyectos establecían como obligación para sus titulares y que existirían deficiencias en el control para identificar los compromisos ambientales vinculados a otras autoridades sectoriales y en la solicitud de antecedentes a

¹¹² En línea en sitio web: <http://www.latercera.com/noticia/sma-reconoce-falta-de-recursos-para-fiscalizar-a-minera-islariesco/> revisada el día 25 de septiembre de 2017.

¹¹³ En línea en sitio web: <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2016/06/21/contaminacion-santiago-expertos-culpan-falta-de-fiscalizacion-y-poca-educacion-ambiental.shtml> revisado el día 25 de septiembre de 2017.

¹¹⁴ KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 2015. Pp. 271 – 272.

¹¹⁵ *Ibíd.* P. 275.

¹¹⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Informe Final 721/2015 del 26 de octubre de 2015.

organismos sectoriales.¹¹⁷ El informe da cuenta de distintos problemas de gestión que contribuyen en el problema de la falta de fiscalización general de las RCA y particular en el caso de proyectos mineros.

Otro aspecto relevante en este punto, tiene que ver con la inequidad regional en cuanto a las actividades de fiscalización ejecutadas directamente por la SMA. Al respecto, según los datos de fiscalizaciones realizadas el año 2014, existen diferencias de hasta 127 veces entre la región que más fiscalizaciones tuvo (región Metropolitana: 2.938) con la que menos fiscalizaciones tuvo (región de Tarapacá: 23), por otra parte si consideramos la tasa de inspecciones realizadas en relación a la cantidad de población de la región el año 2014, nos encontraríamos con que existe un diferencial de 38 veces entre la región que mejor indicador tiene (O'Higgins 1.347) y la peor aspectada (Biobío 51.232)¹¹⁸. En esta misma línea se expresaba el superintendente Cristián Franz al señalar como ejemplo el caso de la XII región, en este sentido, señaló que en dicha región solo existía un fiscalizador el año 2016 que no contaba ni con oficina ni con camioneta para trasladarse¹¹⁹. Existen claras diferencias en cuanto a fiscalizaciones ambientales realizadas por región, lo que lleva a que muchas de las denuncias efectuadas en contra de proyectos no sean atendidas en regiones. El problema del número y la distribución de las fiscalizaciones pareciera un aspecto esencial para perfeccionar la fiscalización de proyectos con RCA y esto no puede mejorarse de forma centralizada sino que es necesario que la SMA logre llegar a todas las regiones del país de forma eficiente y oportuna, ello será imposible en la medida que no se entreguen mayores y mejores recursos económicos, humanos y legales para el ejercicio de las labores de fiscalización.

En segundo lugar, ha existido una crítica más bien reciente al sistema de autodenuncia contemplado en la LO-SMA.

La autodenuncia consiste básicamente en la posibilidad que tiene el regulado, de autodenunciarse en el caso de haber cometido alguna infracción que sea competencia de la

¹¹⁷ *Ibíd.*, pp. 9-11.

¹¹⁸ KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 2015. Pp. 270 – 271.

¹¹⁹ En línea el día 25 de septiembre de 2017 en: <http://www.latercera.com/noticia/sma-reconoce-falta-de-recursos-para-fiscalizar-a-minera-isla-riesco/>

SMA, para así eximirse del monto total de la multa que le hubiese correspondido dada la infracción, la segunda vez se reduce la multa hasta un 75% y la tercera hasta un 50%, para ello el infractor deberá entregar cierta información relativa al incumplimiento, poner fin a los hechos que constituyan infracción y reducir o eliminar los efectos negativos de la infracción.¹²⁰ Esta institución no ha tenido la repercusión esperada y ha sido utilizada en pocas oportunidades, en este sentido, se le ha criticado el elevado estándar legal y técnico que la regula, lo que provoca que sea aplicable solo a un número reducido de infracciones, además, el infractor ha preferido esperar la formulación de cargos y luego someterse a un PDC, que en cuanto a exención de multa tiene el mismo efecto y no se requiere realizar el trámite que la autodenuncia implica¹²¹.

Por otra parte, se ha criticado el hecho de que a la cuarta oportunidad de cometer una infracción no exista la posibilidad de autodenunciarse, lo que significa que luego de la tercera autodenuncia no existe ningún incentivo para informar a la SMA de algún incumplimiento, además, una institución como la autodenuncia puede ser considerada como injusta en tanto deja al infractor en una posición mejorada en relación al regulado que cumple la normativa, ello debido a que el infractor tiene la ventaja económica de obtener un beneficio a pesar de no haber cumplido con la regulación pertinente y no se le castiga por ello al eximirle el 100% de la multa, en cambio el regulado que cumple la norma no tiene ese beneficio económico que puede conllevar el no haber cumplido con la normativa, de esta forma existiría un incentivo al incumplimiento¹²².

Por último, el sistema de fiscalización de proyectos con RCA ha sido criticado por el hecho de darle atribuciones excesivas a la SMA, al respecto Lucas Sierra, en un texto en donde critica el proyecto de la Ley 20.417 pero que sus razones son aplicables al modelo vigente, pone como ejemplo las facultades de la SMA de suspender transitoriamente las autorizaciones provisorias de inicio del proyecto o actividad y autorizaciones de funcionamiento contenidas en la RCA o a adoptar las medidas pertinentes, cuando la operación del proyecto genere impactos

¹²⁰ TAPIA, Claudio. Incentivos al cumplimiento ambiental: Análisis crítico a la autodenuncia ambiental. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2014. P. 62

¹²¹ KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 2015. P. 273

¹²² TAPIA, Claudio. Incentivos al cumplimiento ambiental: Análisis crítico a la autodenuncia ambiental. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2014. Pp. 84 – 88.

ambientales o impactos no previstos en la evaluación ambiental. Estas facultades que la SMA tiene conforme a las letras g) y h) del artículo 3° de la LO-SMA para Sierra tiene la potencia de debilitar las RCA¹²³, ello en tanto la RCA debiese erigirse como el instrumento en donde confluyen las distintas autorizaciones ambientales en base al principio de “ventanilla única”, debilitar y limitar la institución de la RCA podría significar una falta de certeza jurídica y un desincentivo para la inversión. En esta misma línea, en la tramitación de la Ley 20.417 se señalaba que existía “preocupación por la ausencia de contrapesos en las facultades que se le otorgan a la SMA para dictar medidas transitorias y precautorias o provisionales, considerando los graves e imprevisibles efectos que de su dictación se puedan derivar o provocar”¹²⁴.

No obstante la anterior crítica, la posición de esta memoria es que la protección del medio ambiente en ciertas ocasiones requiere de la adopción de medidas que aseguren que los impactos que no fueron evaluados o los posibles daños causados por un proyecto sean compensados y mitigados, para ello la facultad de la SMA de suspender transitoriamente una RCA ya aprobada puede ser un mecanismo efectivo para que no se sigan produciendo mayores impactos al medio. Es más, pareciera ser que más que la SMA tenga atribuciones excesivas la situación actual de la fiscalización ambiental requiere de amplias atribuciones y recursos para la fiscalización de la gran cantidad de proyecto que crece día a día y donde gran parte de la información es suministrada por los propios titulares de los proyectos.

ii. Análisis crítico del modelo de fiscalización ambiental de proyectos sin RCA.

Debido a que la Ley 20.417 no tocó en mayor medida la fiscalización de proyectos sin RCA, muchas de las críticas a dicho modelo siguen vigentes con posterioridad a la entrada en vigencia de la LO-SMA. Al respecto, con el fin de sistematizar los principales problemas que se han detectado a dicho modelo de fiscalización, se han agrupado estas críticas en tres grupos distintos, en primer lugar, críticas relativas a la dispersión de la regulación y a la existencia de

¹²³ SIERRA, Lucas. Reforma de la institucionalidad ambiental: Problemas y Oportunidades. Estudios Públicos, 111. 2008. P. 99.

¹²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. En versión PDF en la página web: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20417&anio=2012. P. 758.

funciones sobrepuestas, en segundo lugar, relativas a la operación del sistema de fiscalización y en tercer lugar, a las sanciones y vías recursivas existentes.

En primer lugar, habría que señalar que son varios los autores que han criticado la dispersión normativa del modelo de fiscalización basado en competencias sectoriales, al respecto la profesora Valentina Durán señalaba en la tramitación de la Ley 20.417 que este sistema adolecía de “normativa inorgánica, competencias repartidas en numerosas leyes y decretos, dispersión normativa y distintos órganos que gestionan distintos o incluso los mismos componentes, lo que ha llevado a dudas sobre la vigencia de las normas e incluso dificultades para identificarlas”¹²⁵. En este mismo sentido, Javiera Herrera caracterizaba dicho modelo de fiscalización explicitando la existencia de casos en donde no existía plena claridad en cuanto a la normativa aplicable frente a la comisión de una infracción, ello en tanto la materia era regulada por una gran cantidad de preceptos legales que otorgaban competencias a diversos organismos sectoriales¹²⁶. De esta forma, una de las principales críticas a este modelo de fiscalización es que para analizar las competencias, procedimientos, sanciones y vías recursivas es necesario buscar en una gran cantidad de cuerpos normativos.

En segundo lugar, una de las consecuencias de esta entramada de regulaciones es la existencia de funciones sobrepuestas entre los mismos organismos sectoriales. Al respecto, Herrera señala que “otra característica de nuestra legislación y modelo de fiscalización ambiental es la gran cantidad de superposiciones de competencias en materia de fiscalización y sanción, lo cual significa que para fiscalizar el cumplimiento de una norma existe más de un órgano competente, lo cual evidentemente genera ausencia de certeza jurídica”¹²⁷. Esta duplicidad se extiende a procedimientos sancionatorios, tipos de medidas provisionales y sanciones, así la autora pone como ejemplos casos de fiscalización de residuos, contaminación atmosférica, normativa forestal y minería en donde las competencias son compartidas por dos o más

¹²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. En versión PDF en la página web: http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20417&anio=2012. P. 783.

¹²⁶ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 105.

¹²⁷ *Ibidem*. P. 108.

organismos sectoriales¹²⁸. Una de las consecuencias de este fenómeno es que esta “superposición de acciones fiscalizadoras podría ser percibido por la población regulada como una presión excesiva y señales poco claras de parte del (de los) regulador(es)”¹²⁹, por otro lado ello puede provocar el problema de la existencia de sanciones decretadas por distintas autoridades a propósito de los mismos hechos lo que atentaría en contra del principio de non bis in ídem.

En un segundo orden de ideas, no han sido pocas las críticas que este modelo de fiscalización ha tenido en cuanto a su operación, en este sentido se ha caracterizado el modelo como uno reactivo, fraccionado e ineficaz, reactivo en tanto opera en buena parte en base a la respuesta a denuncias y conflictos más que a programas de fiscalización, fraccionado ya que cada organismos sectorial realiza sus fiscalizaciones en base a sus propias definiciones, principios y prioridades¹³⁰, en este mismo sentido la OCDE, en su evaluación de desempeño ambiental del año 2016, señalaba a propósito de la fiscalización ambiental que no compete a la SMA que “la coordinación de diversas autoridades sectoriales de aplicación es aún demasiado compleja y fragmentada como para realizar esfuerzos congruentes destinados a garantizar el cumplimiento de las normas”¹³¹. Por último ineficaz en tanto el modelo coordinador que proponía el funcionamiento de la CONAMA había demostrado ser insuficiente para constituir garantía suficiente en materia de una fiscalización ambiental efectiva¹³².

Por otra parte, han existido críticas a la operación de este modelo de fiscalización que ya han sido esbozadas en los capítulos anteriores, en este sentido, una crítica recurrente es a la falta de diversificación en cuanto a las formas de fiscalización, en este sentido pese a la existencia de algunas excepciones particulares, en el sistema priman las fiscalizaciones realizadas directamente por la autoridad, encontrándose escasa regulación de delegación de potestades ya sea a terceros técnicos especialistas en fiscalización o modelos de autofiscalización que

¹²⁸ *Ibíd.* Pp. 110-124

¹²⁹ LAMAS Jaime y CHÁVEZ Carlos. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Análisis del Diseño de Fiscalización y su Cumplimiento en la Región del Bío Bío. En Estudios Públicos, N° 105. 2007. P. 236.

¹³⁰ LOPEZ, Giani. Propuesta de una nueva institucionalidad para la fiscalización ambiental de la industria. En versión PDF en línea en página web: http://www.expansiva.cl/media/en_foco/.pdf revisado el 1 de octubre de 2017. P. 3

¹³¹ OCDE. Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile. Environmental Performance Reviews, Naciones Unidas, CEPAL, Chile. 2016. P. 122

¹³² MALLEA, María Isabel. La potestad fiscalizadora y sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile. Revista de Derecho, N° 32, 2014, pp. 137 – 138.

permitan de alguna forma, descongestionar la gran cantidad de inspecciones que debiesen realizar las autoridades sectoriales¹³³.

Por otra parte, existen deficiencias en cuanto a la regulación de las inspecciones y del manejo de la información, en este sentido, los procedimientos de inspección están escasamente regulados salvo algunos servicios, lo que lleva a que la autoridad tenga un espacio de discrecionalidad mayor en su actuar, ello no contribuye a la seguridad jurídica de los regulados y puede llevar a que se comenten arbitrariedades ante la falta de procedimientos regulados de inspección. En esta misma línea, existe una deficiente regulación y acceso a la información relativa a fiscalizaciones de organismos sectoriales, la información relativa a procedimientos de fiscalización y sancionatorios generalmente no se encuentra en línea, lo que dificulta por un lado el seguimiento de los procedimientos y por otro lado el estudio estadístico sobre el estado de la fiscalización de proyectos sin RCA a nivel nacional. Un ejemplo de ello, fue el analizado en el apartado anterior en donde se presentaron grandes dificultades en la obtención de información de calidad relativa a la fiscalización de proyectos sin RCA.

Otra crítica a propósito de la operación de este sistema de fiscalización, es el hecho de que en él confluyen roles de fomento económico y roles de protección del medio, de esta forma muchos de los servicios con competencias poseen “tanto de funciones de fomento de una determinada actividad económica como de protección del Medio Ambiente, ambos intereses válidos para el Estado pero contrapuestos. Por una parte se incentiva una actividad económica y por otra parte se protege y conserva el recurso natural al que va asociada dicha actividad”¹³⁴. Ello, de alguna forma, pudiese atentar en contra de la eficacia del sistema de fiscalización en tanto pudiesen existir incentivos para bajar los estándares de fiscalización ambiental con el objetivo de que la industria pueda actuar con mayor libertad y esto genere un mayor fomento de la actividad.

¹³³ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. Pp. 137 – 141.

¹³⁴ *Ibidem*. P. 177.

Por último, en cuanto a sanciones y vías recursivas, se podría señalar que en lo relativo al sistema de sanciones del modelo de fiscalización de proyectos sin RCA existe una amplia crítica que recorre todo el sistema sancionatorio. En este sentido, en primer lugar, habría que señalar que es un sistema que genera una falta de certidumbre en el regulado, ello en tanto en general se conocen los montos máximos de multas que puede decretar la autoridad pero no hay un gran desarrollo de ciertos criterios para determinación de la sanción en concreto, en este sentido el tipo de infracción o el impacto generado al medio ambiente no tienen necesariamente una relación directa con la sanción o por lo menos ello no está regulado, lo que aumenta el espacio de discrecionalidad que pudiese tener la autoridad en la determinación de las multas.

En segundo lugar, en cuanto a los montos y tipos de sanciones, se ha criticado que es un sistema en donde predominan las multas por sobre otras sanciones y que aun así los montos de las sanciones no son lo suficientemente altos, existiendo casos de multas irrisorias como en el caso de la Ley de Bosque, en este sentido pareciera que los montos no son lo suficientemente efectivos para el propósito de las sanciones que debiese ser la protección efectiva del medio ambiente¹³⁵. En cuanto a sanciones no monetarias el desarrollo se limita a las amonestaciones, en este sentido se ha criticado que el modelo de fiscalización “no contemple sanciones recomendadas por la literatura comparada tales como la publicidad negativa para el infractor en medios de comunicación social o la privación de otra clase de derechos como la inhabilitación para que el infractor ejerza ciertos cargos públicos e imposibilidad de que adquiera créditos subvenciones o ayudas del gobierno”¹³⁶.

Por último, habría que señalar que se ha criticado que sea un sistema con los incentivos puestos en la imposición de sanciones, por sobre la posibilidad de privilegiar que los regulados cumplan la normativa ambiental¹³⁷, de esta forma, no existe la posibilidad de que infractores presenten alternativas para que volver a cumplimiento ni incentivos para que los titulares denuncien sus propios incumplimientos, ello en tanto el sistema se basa en un modelo

¹³⁵ *Ibíd.* P. 155.

¹³⁶ *Ibíd.* P. 158.

¹³⁷ KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 2015. P. 269.

represivo en donde los organismos actúan más bien como sancionadores en búsqueda de infracciones más que con una visión general de que se cumpla la normativa ambiental vigente.

En cuanto a las vías recursivas, como ya se explicitó en el capítulo anterior, se podría señalar que es un sistema donde las competencias de las vías de impugnación, tanto judiciales como administrativas, están divididas según la regulación de cada uno de los servicios, en este sentido no existe un sistema unitario de impugnación de sanciones en el caso del modelo de fiscalización de proyectos sin RCA. Por otro lado, este sistema recursivo no considera la posibilidad de que se discutan sus sanciones en los Tribunales Ambientales, tribunales especializados en materia ambiental, con conocimientos de expertos técnicos y jurídicos en la materia, en este sentido pareciera ser que estos tribunales son los que, debido a su especialización, debiesen conocer de este tipo de impugnaciones y no la justicia ordinaria como sucede actualmente.

iii. Análisis crítico a la convivencia de ambos modelos de fiscalización en el sistema chileno.

En este apartado se analizarán algunas de las críticas generales al sistema de fiscalización vigente actualmente en Chile y a los problemas derivados del hecho de que ambos modelos convivan en el sistema de fiscalización chileno. Al respecto, se sistematizarán dichas críticas en dos grupos, en primer lugar, críticas relativas a la falta de coordinación y superposiciones entre ambos modelos, en segundo lugar, críticas relativas a sanciones e incentivos al cumplimiento.

En un primer orden de ideas, habría que señalar que desde la tramitación del proyecto de la Ley 20.417 es que ha existido una crítica al sistema por el hecho de perpetuarse las funciones fiscalizadoras de los organismos sectoriales no concentrándose ellas en un organismo como una poderosa SMA, al respecto se criticaba en su tramitación la perpetuación de las facultades fiscalizadoras de los organismos sectoriales, en tanto ella podía producir superposición de

competencias, problemas de fiscalizaciones múltiple y perjuicios a la actividad productiva¹³⁸, en este sentido “el Presidente del Instituto de Ecología Política, consideró que una de las principales dificultades que enfrenta la nueva institucionalidad que se crea con la reforma tiene que ver con la fiscalización, que se mantiene en varios sectores y servicios respecto de una misma infracción”¹³⁹. En esta misma línea, Sierra ha señalado que pese a que la propuesta de una SMA sería la acertada, sería de todas formas una “Superintendencia muy débil en su ámbito de competencia, pues, junto con crearla, deja vivas las competencias de fiscalización ambiental que hoy tienen varios Ministerios sectoriales. Como la fiscalización es una tarea de aplicación y no de creación de normas, este trabajo sostiene que puede concentrarse en un solo órgano bien diseñado”¹⁴⁰, por otra parte señalaba que la forma que en que se había consagrado la SMA no permitía la función “unificadora” que se necesitaba para racionalizar la fiscalización ambiental en Chile, en su opinión esta alternativa pudiese genera roces institucionales entre los distintos órganos con competencias¹⁴¹.

Esta interacción de modelos, ha tenido algunas consecuencias en lo relativo a casos de superposiciones de competencias, en este sentido cabe destacar el caso de la fiscalización de los rellenos sanitarios, en donde, a propósito de los problemas de fiscalización que salieron a la luz en el caso de relleno sanitario de Santa Marta, se señaló que “no quedaba claro ni estipulado quién tenía la fiscalización total, pues habían áreas que tienen que ver con la SMA y otras con Salud, lo cual lleva a que las responsabilidades no sean de nadie y se diluyan”¹⁴², en el caso tanto la SMA como la Autoridad Sanitaria de la Región Metropolitana fiscalizaron las instalaciones del relleno y lo paralizaron por resoluciones separadas, dejando entrever, un problema de superposición de competencias de fiscalización, debido a que cada organismos había interpretado la Ley de forma distinta.¹⁴³ En esta misma línea, se han detectado problemas de competencias en el ámbito de fiscalizaciones sanitarias en lugares donde hay

¹³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010. En versión PDF en la página web: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20417&anio=2012. P 106.

¹³⁹ FERNÁNDEZ, María de los Ángeles. Historia Sistematizada de la Ley 20.417: Instrumentos de gestión ambiental y otras materias. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2012. P. 383.

¹⁴⁰ SIERRA, Lucas. Reforma de la institucionalidad ambiental: Problemas y Oportunidades. Estudios Públicos, 111. 2008. P. 60.

¹⁴¹ *Ibíd.* P. 89.

¹⁴² HERNÁNDEZ, José. El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dejá vu?. Revista de Derecho Ambiental año V N°7. 2017. P. 12

¹⁴³ *Ibíd.* P. 8.

vigente un plan de descontaminación y fiscalizaciones sanitarias del Servicio Nacional de Pesca¹⁴⁴.

Por otra parte, han existido críticas relativas a la coordinación de fiscalizaciones entre ambos modelos, al respecto se ha señalado a propósito del caso chileno que “la coordinación de competencias es un asunto difícil cuando se define como principio, y por tanto, sin señalar coordinador y coordinados, sino como un diálogo entre pares”¹⁴⁵, en esta posición se encontrarían los organismos sectoriales y la SMA. En cuanto a problemas específicos, se han destacado la “poca claridad respecto a lo que pasará cuando un procedimiento sea iniciado por un servicio y luego sea tomado por la Superintendencia”¹⁴⁶ y el caso de la elaboración de los programas y subprogramas de fiscalización, en cuanto a este último punto, tanto la SMA como los organismos sectoriales participan en la elaboración de los programas y subprogramas de fiscalizaciones anuales, que debiesen contener por lo demás información presupuestaria de los organismos en cuanto a fiscalización, al respecto Sierra señala que la Ley no contempla mecanismos institucionales establecidos para subsanar eventuales diferencias de opinión y tensiones entre la superintendencia y los organismos, simplemente se ordena evitar duplicidades pero no se establecen mecanismos de solución de conflictos¹⁴⁷.

En un segundo grupo de críticas, destacan las críticas al sistema de sanciones del modelo general de fiscalización chilena, de esta forma se ha criticado la ausencia de una mayor diversificación en el caso de las sanciones que pueden decretar las autoridades competentes, al respecto se ha señalado que la reforma producida con la entrada en vigencia de la LO-SMA fue conservadora con respecto a la posibilidad de entregar mayores alternativas para que las autoridades puedan disuadir de nuevos incumplimientos de la normativa ambiental, en este sentido “algunas de las sanciones que se podrían incluir a nuestra legislación son la publicidad negativa para los incumplidores en medios de comunicación social o pérdida de derechos, tales como la inhabilitación para ejercer ciertos cargos públicos, la imposibilidad que el

¹⁴⁴ KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna. 201. P. 272.

¹⁴⁵ HERNÁNDEZ, José. El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dejá vu?. Revista de Derecho Ambiental año V N°7. 2017. P. 26.

¹⁴⁶ FERNANDÉZ, María de los Ángeles. Historia Sistematizada de la Ley 20.417: Instrumentos de gestión ambiental y otras materias. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2012. P. 384.

¹⁴⁷ SIERRA, Lucas. Reforma de la institucionalidad ambiental: Problemas y Oportunidades. Estudios Públicos, 111. 2008. P. 92.

infractor adquiera créditos, subvenciones u otras ayudas del gobierno y la exclusión de la empresa infractora de aquellas entidades con las cuales el gobierno hace negocios, adquiriendo bienes o servicios”¹⁴⁸.

Por otro lado, cabe destacar que tampoco existen sanciones penales que puedan ser solicitados en el marco de un procedimiento sancionatorio ante incumplimientos ambientales, en este aspecto la nueva institucionalidad no cambia esta situación. En efecto la propia OCDE, en se Evaluación de Desempeño ambiental del año 2016 señala con respecto a Chile que a “diferencia de la mayoría de los países miembros de la OCDE, en Chile no se aplican sanciones penales por delitos ambientales.”¹⁴⁹ La tipificación de delitos ambientales propiamente tales, pareciera ser una solución efectiva para disuadir a los regulados de incumplir la normativa ambiental y con ello realizar potenciales afectaciones al medio ambiente, ello más aún si consideramos que los perjuicios al medio ambiente afectan a la sociedad actual, a las futuras generaciones y a la fauna y flora de nuestro planeta.

En segundo lugar, se ha criticado la inexistencia de diversos y más efectivos incentivos al cumplimiento de la normativa ambiental y la creación de otros incentivos para que la industria tenga razones de ir aún más lejos en la protección y cuidado del medio ambiente, en este sentido “un moderno sistema de fiscalización no se puede sustentar tan solo en instrumentos de supervisión y aplicación de la ley, es necesario también promover el cumplimiento de manera voluntaria, para lo cual el Estado necesariamente debe introducir a su legislación otra clase de incentivos tales como el otorgamiento de subsidios y préstamos con bajos intereses para aquellas compañías que inviertan en tecnologías limpias o ambientales o el otorgamiento de beneficios tributarios sobre los costos asociados al mejoramiento de la calidad ambiental”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 178

¹⁴⁹ OCDE. Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile. Environmental Performance Reviews, Naciones Unidas, CEPAL, Chile.2016. p. 29

¹⁵⁰ HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010. P. 177.

Ahora bien, esta discusión sobre el modelo de fiscalización chilena tuvo mayor fuerza a principios del año 2016, luego de que se produjesen algunas situaciones de afectación al medio ambiente en donde la SMA estuvo impedida de formular cargos debido a que la instalación que provocase la afectación no contenía RCA. Antes de entrar a relatar brevemente las circunstancias de estos casos, habría que señalar que se podrían enmarcar dentro de la crítica a la escasa modificación que la LO-SMA realiza al modelo de fiscalización de proyectos sin RCA, en este sentido como se señaló anteriormente “el problema es que el diagnóstico estuvo centrado en los problemas de fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, síntoma de la SEIAzación, que como expresó Sierra «parece (haber) consumido buena parte de la energía de la regulación ambiental»¹⁵¹, al evitar poner en funcionamiento un sistema de fiscalización unitario y dejar de lado la fiscalización de proyectos sin RCA, se omitió entregar suficientes herramientas para a fiscalización de proyectos susceptibles de generar graves daños al medio ambiente, herramientas que hicieron falta en casos concretos donde los procedimientos y alternativas de sanción parecieran no ser los apropiados por la envergadura de los daños producidos.

iv. Jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental y giro jurisprudencial de la Corte Suprema

El primer caso que sería importante describir brevemente, es el caso del derrame de concentrado de cobre al río Blanco por parte de la División Andina de Codelco del día 25 de febrero de 2016. Producto del derrame de 50 metros cúbicos de concentrado de cobre en la ribera del río Blanco, se denunciaron estos hechos a la SMA y esta acudió para analizar el origen de la fuga y prestar ayuda en la contención del derrame. Al respecto, debido a que la fuga se habría originado en unos ductos de transporte de concentrado de cobre y que estos ductos no debían ser evaluados por el SEIA, en tanto fueron construidos muchos años antes del funcionamiento del SEIA, la SMA no pudo iniciar un proceso sancionatorio, en atención a que las instalaciones no tenían RCA que las aprobara. En este sentido, el informe final de la fiscalización realizada por la SMA concluía: “Se concluye que la línea N°3 de concentrado de cobre de 6 pulgadas involucrada en el derrame de concentrados de cobre del 25 de febrero de

¹⁵¹ HERNANDEZ, José. El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dejá vu?. Revista de Derecho Ambiental año V N°7. 2017. P. 22.

2016, no se encuentra regulada por resolución de calificación ambiental de competencia de la SMA; encontrándose sectorialmente autorizada por el Servicio Nacional de Geología y Minería correspondiendo en consecuencia su fiscalización al ámbito de competencia de dicho servicio público”¹⁵².

SERNAGEOMIN decidió decretar el cierre parcial de las faenas durante 3 días y solicitar a Codelco la creación de protocolos de manejo de su producción que serían monitoreados por la propia autoridad sectorial¹⁵³. La Seremi de Salud, por su parte, inició un procedimiento sancionatorio en contra de la empresa minera, condenándola al pago de una multa de 1.000 UTM, que era la multa más alta que podía imponer el servicio, pero de todas formas era un monto muy lejano a las 10.000 UTM que eventualmente pudiese haber llegado a imponer la SMA¹⁵⁴.

Otro caso similar es el del derrame de petróleo en la Bahía Quintero, el día 24 de septiembre de 2014, ocurre un derrame de 38 mil litros de hidrocarburos a la bahía en circunstancia en que una embarcación se encontraba descargando crudo en uno de los proyectos de la refinería ENAP, en este caso, recibida la denuncia la SMA realiza la fiscalización pertinente en tanto la empresa contaba con una RCA favorable en la zona. El problema es que dicha RCA no consideraba la instalación específica que habría provocado el derrame, al respecto, la SMA señaló que no era posible asociar la infracción a algún instrumento de carácter ambiental, considerando que las instalaciones del Terminal Marítimo Quintero involucradas en el derrame, datan del año 1971, es decir, se trataba de instalaciones anteriores a la Ley 19.300 y al Reglamento del SEIA¹⁵⁵. Ante ello, la Superintendencia se abstiene de iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de la empresa petrolera. Finalmente 3 empresas (ENAP, la empresa naviera y la empresa de remolque) fueron sancionadas por la Gobernación Marítima de Valparaíso.

¹⁵² SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Informe final de fiscalización ambiental Codelco División Andina. Extraído online de: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Fiscalizacion/Ficha/1004598>. Revisado el 18 de diciembre de 2017.

¹⁵³ Cita extraída online en página web: <http://www.biobiochile.cl/noticias/2016/02/28/autoridades-regionales-acuerdan-medidas-tras-tras-derrame-de-codelco-en-rio-blanco.shtml> revisada el día 18 de diciembre de 2017.

¹⁵⁴ Cita extraída online en página web: <http://www.pulso.cl/empresas-mercados/medio-ambiente-evalua-modificar-normativa-para-fiscalizar-obras-previas-a-1994-sin-rca/> revisada el día 26 de Septiembre de 2017.

¹⁵⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Causa rol R-77-2015, 17 de marzo de 2017.

La decisión de la SMA, de declararse incompetente para conocer y sancionar los hechos denunciados, fue sujeta a reclamación en el Segundo Tribunal Ambiental, el cual se pronunció en sentencia causa rol R-77-2015 del 17 de marzo de 2017, en dicha reclamación, los reclamantes señalaban que la SMA tendría competencia en tanto existía una RCA, de la empresa ENAP, que pese a regular instalaciones distintas a donde se habría producido el problema, contenían un anexo en donde se regulaban los Planes de Emergencia General y de Contingencia por Derrames de Hidrocarburos que eran aplicables a todas las instalaciones del puerto y no solo a las reguladas en la RCA. Al respecto, el Tribunal rechazó la reclamación señalando que no se podía extender los efectos de la regulación de instalaciones específicas a instalaciones o aspectos no evaluados, “una interpretación en contrario, implicaría desnaturalizar el objeto y finalidad del proceso de evaluación ambiental”¹⁵⁶, debido a ello, se concluye que la SMA no sería competente para conocer de los hechos denunciados en tanto no existiría un instrumento de carácter ambiental sobre el cual pueda ejercer sus facultades de fiscalización y sanción.

A propósito de estos casos, que fueron descritos de forma acotada, es que el Superintendente del Medio Ambiente se pronunció señalando que “La ley es clara y no tenemos esa facultad [de fiscalización] pero se ha hablado de introducir una modificación en el ley 19.300 que permita hacer actualizaciones de la RCA. Tal vez a través de esa figura uno podría decir que hay proyectos antiguos que nunca entraron al sistema, pero la parte nueva del proyecto que sí ingresó, a propósito de esa actualización puedes recoger toda el historial para atrás. Pero hoy no tenemos la facultad de fiscalizar proyectos al sistema. Antes del año 1994 no tenemos atribuciones para fiscaliza”¹⁵⁷. En este sentido, consultado acerca de la posibilidad de cambiar la normativa que impide a la SMA fiscalizar proyectos sin RCA el Superintendente señaló que “es un tema que siempre conversamos con el ministro y con otras autoridades, pero tiene que ser parte de un paquete mayor de revisión de la legislación ambiental”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Causa rol R-77-2015, 17 de marzo de 2017. Considerando décimo tercero.

¹⁵⁷ Cita extraída online en página web: <http://www.pulso.cl/empresas-mercados/medio-ambiente-evalua-modificar-normativa-para-fiscalizar-obras-previas-a-1994-sin-rca/> revisada el día 26 de Septiembre de 2017.

¹⁵⁸ Ídem.

El día 9 de enero del año 2018, la Corte Suprema, en la causa Rol 15.549-2017, dio un giro jurisprudencial que pone en cuestionamiento la forma de clasificar la fiscalización ambiental en Chile, y sobre la cual se ha estructurado este trabajo. En la sentencia que resuelve el recurso de casación de la sentencia del caso del derrame de petróleo en la bahía de Quinteros recién explicado, la Corte Suprema señaló, en un fallo dividido, que la SMA debiese entender que “sus atribuciones y facultades no pueden ser comprendidas como restringidas y limitadas, exclusivamente, a la fiscalización y sanción de las conductas transgresoras vinculadas con actividades que hayan sido sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”¹⁵⁹. Debido a lo anterior, la Corte señala que la SMA debió haberse declarado competente para conocer del derrame de petróleo, a pesar de que la instalación causante del desastre no estaba contenida en una RCA u otro instrumento de gestión ambiental, ello considerando una interpretación amplia de las facultades de fiscalización de la SMA que incluye la fiscalización general de toda la normativa destinada a cautelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación¹⁶⁰.

Este razonamiento se funda en una interpretación menos restrictiva del artículo 2 de la LO-SMA, ampliando las competencias de la SMA a la fiscalización de actividades que puedan lesionar el medio ambiente, independiente de si ellas están o no contenidas en un instrumento de gestión ambiental, en este sentido, se señala que “en la perspectiva del deber de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que recae sobre el Estado, sus funciones no se pueden ver constreñidas, de manera artificial, por una exigencia de esa clase, máxime si por intermedio de semejante determinación se podría omitir la realización de las conductas necesarias para salvaguardar el medio ambiente de daños ya producidos o se podría abordar su solución con una mirada ajena a la que es propia del derecho medio ambiental”¹⁶¹. Este razonamiento, se acompaña del desglose del deber del estado de garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de cómo la Ley 20.417 viene a entregar contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a esta garantía constitucional.

¹⁵⁹ CORTE SUPREMA, Sentencia Causa rol N° 15.549 – 2017, 9 de enero de 2018. Considerando octavo.

¹⁶⁰ CORTE SUPREMA, Sentencia Causa rol N° 15.549 – 2017, 9 de enero de 2018. Considerando octavo.

¹⁶¹ CORTE SUPREMA, Sentencia Causa rol N° 15.549 – 2017, 9 de enero de 2018. Considerando séptimo.

El fallo cuenta con dos votos de minoría de la Ministra Sandoval y el Ministro Prado, ambos eran de la idea de rechazar el recurso de casación fundándose en que la interpretación que el fallo hace del artículo 2 de la Ley resultaba artificiosa, contraria a su tenor literal y a la historia fidedigna de la Ley 20.417¹⁶², en segunda lugar, argumentan que la Ley 20.417 no se puede aplicar a las instalaciones del Terminal Marítimo involucradas en el derrame, en tanto fueron construidas en una época en que no tenía aplicación el SEIA y no existe norma alguna ni otra remisión normativa de la Ley a situaciones anteriores a dicho sistema¹⁶³.

Este controversial fallo de la Corte Suprema, ha tenido dos lecturas diversas, la primera, contraria al fallo, podría resumirse como una visión más apegada a la ley y a la seguridad jurídica existente hasta la fecha, donde no se habían cuestionado mayormente los alcances de las competencias de fiscalización de la SMA, en este sentido, la SMA razonablemente no tiene total seguridad sobre los límites y deberes de fiscalización que tiene que cumplir luego del fallo. Además, sí ya escaseaba el presupuesto general de la institución y no daba abasto con la gran cantidad de RCA que debía fiscalizar, con una interpretación tan amplia de sus competencias estos problemas se podrían ver agudizados. En este sentido, Cristián Franz señalaba que “el fallo es sorprendente, por las consecuencias que tendría para la gestión de la SMA porque modificaría radicalmente el ámbito de competencia que la ley establece y obligaría a fiscalizar toda la normativa de carácter ambiental, y los recursos no alcanzarían para hacer todo ese trabajo”. En esta misma línea, criticó la situación de incerteza jurídica en que queda la institución al señalar que les sorprendía el fallo en tanto las competencias de la SMA habían sido “ratificadas en múltiples ocasiones por tribunales ambientales especializados creados para resolver estas controversias técnicas y jurídicas. Llama la atención que se plantee una interpretación de competencia que no teníamos en la ley y hacernos cargo de instrumentos de carácter ambiental abre el abanico de funciones para todo el espectro de la normativa ambiental”¹⁶⁴.

Una segunda lectura, a favor del planteamiento del fallo, sostiene que la normativa ambiental vigente no se estaba haciendo cargo de buena manera de la fiscalización de proyectos

¹⁶² CORTE SUPREMA, Sentencia Causa rol N° 15.549 – 2017, 9 de enero de 2018. Voto minoría.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ En línea el día 16 de enero de 2018 en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=434240>

anteriores al SEIA y de situaciones de contaminación fuera de los márgenes de instrumentos ambientales, el fallo vendría a entregar a la SMA competencias esenciales y necesarias para una correcta protección al medio ambiente. En esta línea, Ezio Costa señala que el fallo cambia la lógica que tenían hasta el momento los Tribunales Ambientales entendiendo que “la SMA tiene mejores competencias y que podría hacerse cargo de esas variables, lo que en la práctica significaría un cambio de paradigma en la comprensión de las funciones de la SMA, y una revolución en la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano de las personas”¹⁶⁵, subrayando que “si efectivamente se superan estas dos áreas críticas que han quedado fuera del alcance de la autoridad, podríamos entender que hay un mucho mejor pie para proteger el medio ambiente y los derechos de las personas”¹⁶⁶.

Pese a que creo que el fallo va en la dirección correcta al fortalecer la fiscalización de proyectos que pudiesen generar grandes problemas para el medio ambiente y que es necesario que una iniciativa legal de este tipo exista y sea discutida en nuestro país, me parece que el razonamiento de la Corte es insuficiente para justificar tal ampliación de competencias de la SMA, ello en tanto, la historia fidedigna de la Ley 20.417 y su tenor literal entregan una interpretación claramente contraria a la realizada por la Corte Suprema. El fallo entrega más dudas que luces al dejar abierta la posibilidad para que se produzcan nuevas superposiciones de competencias y que los recursos de la SMA se hagan aún más escasos e insuficiente para llevar a cabo una fiscalización ambiental eficiente. Este tipo de reformas debiesen ir acompañadas de aumentos presupuestarios y diseños institucionales claramente establecidos por el legislador.

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ EL MERCURIO DE VALPARAÍSO. Noticia “Experto reconoce que fallo de la Corte cambia criterios medioambientales”, página 8 del día 12 de enero del año 2018.

Conclusiones y propuestas finales

Lo primero que sería relevante señalar, es que nos encontramos ante dos sistemas de fiscalización que estructuralmente poseen diferencias relevantes, el de proyectos con RCA, descansa en gran medida en la labor de la SMA y en el rol coordinador que puede llevar a cabo para dirigir las fiscalizaciones de organismos sectoriales y entidades privadas, por otra parte, el modelo de fiscalización de proyectos sin RCA es un modelo que no varía mayormente con relación a la etapa posterior a la dictación de la Ley 20.417 y se estructura en base a fiscalizaciones por parte de organismos sectoriales en las materias propias de sus competencias.

Así, nos encontramos con un modelo de fiscalización de proyectos con RCA fortalecido por la dictación de la Ley 20.417, que le entrega a la SMA la responsabilidad de coordinar los procedimientos de fiscalización y sanción de todos los proyectos contenidos en una RCA, para ello, se dota a la institución de amplia facultades, diversas alternativas para ejecutar focalizaciones, posibilidades de decretar multa más altas y diversos tipos de sanciones, se estructura con claridad tanto el procedimiento de fiscalización como el procedimiento sancionatorio posterior e incluso se entrega la posibilidad de que las reclamaciones sean conocidas por un Tribunal especializado en materia ambiental.

Por otra parte, el modelo de proyectos sin RCA, es un modelo basado en una competencia residual, de aquello no modificado por la LO-SMA, que se estructura al margen de las novedades que trae consigo dicha Ley. Los diversos problemas y críticas que el modelo general de fiscalización recibía, fueron subsanados solo para un modelo de fiscalización pero subsisten en relación a la fiscalización de proyectos sin RCA. En este sentido, prima la dispersión normativa, la escasa y dispar regulación de procedimientos de fiscalización, multas generalmente bajas y sin posibilidad de ser reclamadas ante los Tribunales Ambientales y una falta de coordinación eficiente entre los organismos sectoriales.

En el acercamiento práctico, realizado a propósito de faenas mineras de la región de Antofagasta, se pudo apreciar que ambos modelos presentan una carencia en el número de

fiscalizaciones ambientales realizadas a proyectos mineros, ello considerando la gran cantidad de faenas que existen en el sector y su importancia en relación a la susceptibilidad de generar impactos ambientales del rubro de la minería. De todas formas, se observa que, en líneas generales, la fiscalización a proyectos con RCA es más completa en relación al otro modelo, se efectúa una mayor cantidad de fiscalizaciones, tienen acceso a un mejor equipo técnico y existe una mayor cantidad de información de acceso al público, para el seguimiento de dichos procesos. Por otra parte, la fiscalización de proyectos minero sin RCA, destaca por la falta de información y registro que en general presentan los servicios y las dificultades generales para acceder a ella, además, se mostró que la mayoría de los servicios consultados no habían realizado ninguna sola fiscalización propiamente ambiental en los años correspondientes a la investigación.

Estas carencias, que se aprecian con mayor claridad en la fiscalización de proyectos sin RCA, tienen relación con esta idea de “seiaización” de la fiscalización ambiental, al respecto, pareciera ser que los esfuerzos en perfeccionar el sistema, realizar diagnósticos del estado de la fiscalización en Chile e incluso realizar publicaciones académica al respecto, se han concentrado en el modelo relativo a los proyectos que ingresan al SEIA, en primer lugar, debido a las facilidades de acceso a la información de este modelo y, en segundo lugar, ya que parece razonable que los esfuerzos y los recursos escasos se concentren en los proyectos que son susceptibles de generar mayores impactos ambientales, así, el SEIA de alguna forma obliga a contar con RCA solo a lo proyecto que por su naturaleza o sus condiciones de operación son más propensos a generar impactos. Ahora bien, el principal problema de ello lo encontramos en aquellos proyectos que por ser anteriores al SEIA no debieron ingresar al sistema, estos proyectos, de los cuales no se posee mayor información y se tiene menos conocimiento de sus procesos productivos, quedaron incluidos en el modelo de fiscalización sectorial por razones temporales más que por su propensión a generar impactos ambientales.

Este problema puede tener diferentes soluciones, la primera, sería la esbozada por el Superintendente Cristián Franz relativa a la posibilidad de introducir una modificación a la Ley 19.300 que permita que los proyectos anteriores al SEIA, que cumplan ciertas características de riesgo al medio ambiente, deban ingresar al sistema para así contar con una

RCA susceptible de ser fiscalizada por la SMA, esta medida, por otra parte, contribuiría a la obtención de mayor información de los procesos productivos de estas industrias más antiguas y permitiría tener un mapa más completo de las fuentes susceptibles de generar impactos ambientales en nuestro país. El problema de la solución anterior, es que sí ya actualmente la SMA se ve sobrepasada por la gran cantidad de proyectos que debe fiscalizar, una solución que solo le agregue más proyectos a su modelo de fiscalización pareciera insuficiente.

En esta misma línea, se enmarca una de las propuestas realizadas por la denominada Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la reforma al SEIA (comisión que funcionó de forma paralela a la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA), al respecto la comisión proponía la “incorporación de un artículo transitorio que obligue a someterse al SEIA, dentro de un cierto periodo de tiempo, a todos los proyectos que no fueron evaluados ambientalmente por existir desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.300”¹⁶⁷, la Comisión Asesora Presidencial no consideraba por su parte, dentro de sus 25 propuestas, el ingreso de este tipo de proyectos al SEIA. La incorporación de la CSCP hace sentido en tanto, a veinte años de la dictación del reglamento del SEIA, que marca la vigencia de la obligación de ingresar al SEIA, aún existen proyectos que no han evaluado sus impactos ambientales y no tienen RCA, esto tiene por un lado la consecuencia de que no se puede aplicar el modelo de fiscalización, ni las nuevas herramientas e instituciones que trae consigo la LO-SMA y por otro lado, el problema de que son proyectos en donde se maneja una menor cantidad y calidad de información relativa a sus procesos productivos, lo que dificulta aún más su fiscalización.

Otra alternativa, sería la unificación de la fiscalización ambiental en un solo modelo dirigido por la SMA, algo así como lo ocurrido con la CONAMA entre 1997 y la dictación de la LO-SMA, de esta forma, la SMA podría cumplir un rol de coordinador de toda las fiscalizaciones ambientales del país, esto claramente se debiese implementar con una mayor inyección de recursos a la institución y permitiría que los esfuerzos reunidos de la SMA, los organismos sectoriales y las entidades técnicas privadas se concentren en la fiscalización de las industrias susceptibles de generar mayores impactos, independiente del tiempo en que dichas industrias empezaron a funcionar. Uno de los beneficio de esta alternativa, es que la modernización y las

¹⁶⁷ COMISIÓN SINDICAL CIUDADANA PARLAMENTARIA. Propuestas para la reforma al SEIA. 2016. P. 25.

diferentes facultades y alternativas de fiscalización, que trajo consigo la Ley 20.417, sean aplicables para todos los proyectos en Chile, por otra parte, los perjuicios de esta alternativa se centran en la dificultad de hacerse cargo de la fiscalización ambiental de todo el país y la de coordinar a los distintos organismos sectoriales.

En cierto sentido, el fallo de la Corte Suprema de la causa del derrame de petróleo en la bahía Quinteros, guarda relación con esta segunda alternativa al entregarle amplias competencias de fiscalización a la SMA, sin distinguir si el proyecto está o no contenido en algún instrumento de gestión ambiental y centrándose más bien en su aptitud para generar daños para el medio ambiente. Pese a no postular la unificación de los dos sistemas de fiscalización existentes, en un gran sistema coordinado por la SMA, el fallo entrega un germen de esta idea al abrir las puertas para que la SMA concentre las facultades de fiscalización de cualquier proyecto susceptible de generar algún impacto al medio ambiente. Ya sea por la vía de una reforma legal o por decisiones jurisprudenciales, lo que se busca es evitar que la SMA sea incompetente para fiscalizar y sancionar este tipo de proyectos.

Por último, una alternativa sería fortalecer ambos modelos de fiscalización en base a la creación de fuertes incentivos a la autodenuncia y el perfeccionamiento de los sistemas de automonitoreo, dada las carencias existentes en ambos modelos de fiscalización, la posibilidad de que sean los particulares los que tengan incentivos para denunciar sus incumplimientos o se autofiscalicen de forma eficiente y transparente, permite de alguna forma descongestionar el sistema y traspasar parte de la carga de la fiscalización a los propios titulares, ello con el objetivo de alcanzar de una forma más eficiente y menos costosa el fin último de toda fiscalización ambiental, que se cumpla la normativa ambiental vigente y se produzcan menos impactos al medio.

Bibliografía.

Doctrina.

ASENJO, Rafael. Institucionalidad pública ambiental: ¿aplicación o transformación? En Revista de Derecho Ambiental n° 3 Santiago 2009.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 19.300, publicada el día 4 de marzo del año 1994.

BERMUDEZ, Jorge. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. Revista de Derecho (UCV), N° 40. 2013.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.417, publicada el día 26 de enero del año 2010.

BOETTINGER, Camila. Nueva institucionalidad ambiental. En Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo, N° 22. 2010.

CANALS I AMETLLER, Dolors El ejercicio por particulares de funciones autoridad. (control, inspección y certificación). Editorial Comares. Granada, 2003.

CANNONI, Leslie, OSORIO, Cristóbal, RIESCO, Felipe. El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la SMA para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el art. 2° de la LO-SMA. Revista de Derecho Ambiental, 2014.

COMISIÓN SINDICAL CIUDADANA PARLAMENTARIA. Propuestas para la reforma al SEIA. 2016.

CORDERO, Luis. Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno, en Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago 2008.

CORDERO, Luis. Primer seminario sobre reforma a la institucionalidad ambiental. Perspectiva del sector público, en Reforma a la institucionalidad ambiental. Antecedentes y fundamentos. Universidad Diego Portales. 2010.

FERNANDÉZ, María de los Ángeles. Historia Sistematizada de la Ley 20.417: Instrumentos de gestión ambiental y otras materias. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2012.

GALLEGUILLOS, Victoria. Superintendencia del Medio Ambiente, Infractor y Denunciante en el Procedimiento de Programas de Cumplimiento Ambiental. Revista de Derecho Ambiental año V tomo 7. 2017.

GÁLVES, Paulina y PAREDES, Paula. Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental: estudio práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2010.

GUZMÁN, Felipe. Sistema de fiscalización ambiental. Situación actual y propuestas para mejorar su eficiencia. En Revista Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago 2008.

HEPNER, Felipe. Criterios de autorización de medidas provisionales y de medidas urgentes y transitorias de la SMA empleados por los Tribunales Ambientales. Proyecto de memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2016.

HERNANDÉZ, José. El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjá vu? En Revista de Derecho ambiental año V n°7. Santiago 2017.

HERRERA, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010.

KAY, Bergamini y PÉREZ, Cristian. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Vol. 41, Tribuna.

LAMAS Jaime y CHÁVEZ Carlos. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Análisis del Diseño de Fiscalización y su Cumplimiento en la Región del Bío Bío. En Estudios Públicos, N° 105. 2007.

LEAL, Brigitte. La potestad de fiscalización de la administración del Estado. Memoria para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2014.

LOPEZ, Giani. Propuesta de una nueva institucionalidad para la fiscalización ambiental de la industria.

MALDONADO, Antonio. Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente? Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016.

MALLEA, María Isabel. La potestad fiscalizadora y sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile. Revista de Derecho, N° 32, 2014.

OCDE. Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile. Environmental Performance Reviews, Naciones Unidas, CEPAL, Chile 2005.

OCDE. Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile. Environmental Performance Reviews, Naciones Unidas, CEPAL, Chile. 2016.

POJLEPOVIC, Iván. Análisis crítico del sistema de incentivos al cumplimiento ambiental de la Ley 20.417, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, en Derecho ambiental en tiempos de reformas, actas V jornadas de derecho ambiental. Santiago. 2009.

PRECHT, Jorge y PRECHT, Alejandra “¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA?”, Revista Justicia Ambiental, Tomo 8, año 2016.

SIERRA, Lucas. Reforma de la institucionalidad ambiental: Problemas y Oportunidades. Estudios Públicos, 111. 2008.

SOTO, Pablo. Sanciones Administrativas como Medidas de Cumplimiento del Derecho: Un Enfoque Funcional y Responsivo Aplicado al Régimen Sancionatorio Ambiental. Ius et Praxis , Nro Año 22 , N° 2 , Año 2016.

TAPIA, Claudio. Incentivos al cumplimiento ambiental: Análisis crítico a la autodenuncia ambiental. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2014.

Jurisprudencia y Dictámenes.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°66261, 19 de Agosto de 2015.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°25.081, 24 de abril de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Informe Final 721/2015 del 26 de octubre de 2015.

CORTE SUPREMA, Sentencia Causa Rol N° 15.549 – 2017, 9 de enero de 2018

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Rol R-14-2013, del 23 de abril de 2014.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Causa Rol R-77-2015, 17 de marzo de 2017.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL, Sentencia Rol R-23-2015 del 26 de mayo.

Normativa e información de servicios públicos.

CONAF. Memoria CONAF Marzo 2010 - Abril 2014. 2014.

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Manual de procedimiento general de tramitación de denuncias y fiscalización de oficio. 2015.

MINISTERIO DE SALUD. Resolución Exenta N° 216 “Manual de fiscalización sanitaria” del 13 de abril de 2012.

MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo del año 1994.

MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley 20.417 Crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero del año 2010.

SERNAGEOMIN. 2014. Cuenta pública 2013.

SERNAGEOMIN. 2015. Cuenta pública 2014.

SERNAGEOMIN. 2016. Cuenta pública 2015.

SERNAGEOMIN. 2017. Cuenta pública 2016.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS. Balance integral de gestión año 2013.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. Resolución exenta n° 1002, noviembre de 2015.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Informe final de fiscalización ambiental Codelco División Andina.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. 2012. Programas y Subprogramas de fiscalización año 2013.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. 2013. Programas y Subprogramas de fiscalización año 2014.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. 2014. Programas y Subprogramas de fiscalización año 2015.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. 2015. Programas y Subprogramas de fiscalización año 2016.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. 2015. Fiscalización ambiental en sector minería.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS. 2015. Cuenta pública 2014.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS. 2016. Cuenta pública 2015.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS. 2017. Cuenta pública 2016.

Consultas a sitios web.

- <http://biblioteca.sernageomin.cl>
- <http://www.biobiochile.cl>
- <http://www.pulso.cl>
- <http://www.mch.cl>
- <http://www.norteminero.cl>
- <http://www.latercera.com>
- <http://snifa.sma.gob.cl>
- <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=434240>

