



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**EL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS
PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS**

(BOLETÍN 9404-12)

Análisis del modelo de fiscalización propuesto por el Proyecto de Ley en contraste con el modelo de fiscalización ambiental vigente en Chile.

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

AUTORES: ANTONIA ALIAGA RIVEROS Y ÁLVARO MAURICIO ÁVILA POZO

PROFESORA GUÍA: XIMENA INSUNZA CORVALÁN

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I BIODIVERSIDAD, PROBLEMÁTICA Y SU REGULACIÓN EN CHILE	3
1. Concepto de Biodiversidad y la necesidad de ser regulado	3
2. Situación de la Biodiversidad en Chile	7
3. La pérdida de biodiversidad y la importancia de su conservación para Chile	8
4. Hitos en la evolución de la protección internacional de la biodiversidad	10
4.1 Carta Mundial de la Naturaleza de Naciones Unidas	10
4.2 Cumbre de la Tierra, Río de Janeiro	11
4.3 Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible	12
4.4 Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20	12
5. Gestión de la biodiversidad en Chile	13
5.1 Breve historia de la protección de la biodiversidad en Chile	14
5.2 Legislación y convenios internacionales vigentes en Chile que protegen la biodiversidad	18
5.2.1 Legislación Nacional	18
5.2.1.1 La Ley de Bosques, el Decreto Ley N° 701 y la Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal	18
5.2.1.2 La Ley de Caza (N° 19.473).....	20
5.2.1.3 La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (N° 19.300) ..	21
5.2.1.4 Legislación relativa a la flora y la fauna	22
5.2.2 Convenios Internacionales	23
CAPÍTULO II EL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS (BOLETÍN 9404-12)	25
1. Introducción.....	25
2. Aspectos generales del Proyecto.....	28
2.1 Objeto del Proyecto	28
2.2 Principios inspiradores del Proyecto	30
2.3 Principales contenidos del Proyecto de Ley.....	31

3. La nueva institucionalidad propuesta en materia de biodiversidad	34
3.1 Contexto actual: La Institucionalidad que protege la biodiversidad en nuestro país	34
3.1.1 Servicio Agrícola y Ganadero	35
3.1.2 Corporación Nacional Forestal	36
3.1.3 Servicio Nacional de Pesca	37
3.1.4 Dirección General de Aguas	37
3.1.5 Ministerio del Medio Ambiente	37
3.2 La Institucionalidad propuesta: El Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas	38
4. El modelo de fiscalización propuesto por el Proyecto de Ley	41
4.1 Fiscalización dentro de las Áreas Protegidas	44
4.1.1 Autoridades competentes para fiscalizar en las Áreas Protegidas del Estado	44
4.1.2 Autoridades competentes para fiscalizar en las Áreas Protegidas Privadas	45
4.2 Fiscalización fuera de las Áreas Protegidas	46
4.3 De las Infracciones, Sanciones y el Procedimiento Sancionador propuesto	48
4.3.1 Categorías de infracciones	48
4.3.2 Régimen de Sanciones	49
4.3.3 Procedimiento Sancionador	50
4.4 Incentivos al cumplimiento	52
5. Algunas conclusiones que nos acercan al objeto de esta tesis	52

CAPÍTULO III EL ROL FISCALIZADOR DE LA SMA Y ALGUNOS CRITERIOS INTERNACIONALES QUE NOS PERMITEN DEFINIR UN MODELO DE FISCALIZACIÓN EFICIENTE.....

1. El modelo de fiscalización ambiental vigente	55
1.1 El rol de la SMA en la fiscalización ambiental	56
1.2 Modalidades para llevar a cabo la fiscalización ambiental	58
1.3 Los Programas y Subprogramas de Fiscalización	61
2. El procedimiento de Fiscalización Ambiental	63
2.1 Principios orientadores del procedimiento de fiscalización	64
2.2 Etapas de la Fiscalización Ambiental	64
3. La Potestad Sancionadora de la SMA y el Procedimiento Sancionador	66
3.1 El Procedimiento Sancionador	67
3.2 De las infracciones	68
3.3 Las Sanciones	69

4. Incentivos al cumplimiento ambiental	70
5. Criterios esenciales a considerar para establecer un modelo de fiscalización ambiental efectivo	72
5.1 ¿Qué es la Fiscalización Ambiental?	73
5.2 Factores que afectan el cumplimiento ambiental	75
5.2.1 Factores disuasivos	75
5.2.2 Factores regulatorios e institucionales	76
5.2.3 Factores económicos	77
5.2.4 Factores tecnológicos, sociales, morales y psicológicos	77
5.3 Principios orientadores para una fiscalización ambiental efectiva	78
5.4 Instrumentos útiles para el lograr el cumplimiento de la norma ambiental	79
CAPÍTULO IV EL MODELO DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DE LA SMA EN CONTRASTE CON EL MODELO DE FISCALIZACIÓN DEL SBAP	81
1. Introducción	81
2. El contraste entre la SMA y el SBAP, basado en sus objetos, funciones y atribuciones	83
2.1 Un primer análisis del rol coordinador de la Superintendencia del Medio Ambiente en materia de fiscalización	83
2.2 Un primer análisis del rol coordinador del Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas en materia de fiscalización	87
3. Una mirada crítica del sistema de fiscalización vigente y el planteado por el Proyecto de Ley	90
3.1 Análisis del sistema de fiscalización vigente	90
3.1.1 Alcance de la fiscalización	91
3.1.2 El Procedimiento Sancionador	94
3.1.3 La situación de la superposición de potestades	96
3.2 Análisis del sistema de fiscalización planteado en el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas	98
3.2.1 Alcance de la fiscalización	99
3.2.2 El Procedimiento Sancionador	102
3.2.3 La situación de la superposición de potestades	103
4. Conclusiones finales	107
BIBLIOGRAFÍA	114

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el modelo de fiscalización ambiental vigente en Chile y contrastarlo con el propuesto en el Proyecto de Ley Boletín 9404-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, tomando ciertos criterios internacionales que permitirán dilucidar qué es un modelo de fiscalización eficiente y cuál, si lo hubiese, resultaría más idóneo en la tarea de protección de la diversidad biológica de nuestro país. Con este fin, en el primer capítulo se abordará el concepto de biodiversidad y el problema que enfrenta y ha enfrentado nuestra nación en torno a ella y su regulación, enunciando determinados acontecimientos e hitos legislativos relevantes que se encuadran dentro de esta temática. En el segundo capítulo, se presentará el Proyecto de Ley, explicándose, entre otros elementos, sus aspectos generales, la institucionalidad que propone y por supuesto, el modelo de fiscalización que pretende establecer. Por su parte, el tercer capítulo se avocará a explicar el rol de la Superintendencia del Medioambiente y, fundamentalmente, su papel en la labor fiscalizadora en Chile, siendo la entidad que encabeza actualmente dicha tarea. En el mismo capítulo, y tal como anticipábamos, se expondrán algunos criterios internacionales que colaborarán para acercarnos a descubrir qué debe contemplar un modelo eficiente en materia de fiscalización. Finalmente, en el cuarto y último capítulo se realizará un análisis comparativo entre el modelo de fiscalización ambiental de la Superintendencia del Medioambiente y el consagrado en el Proyecto de Ley, de manera de efectuar una mirada crítica de ambos y, en base a lo expuesto en los capítulos anteriores, lograr determinar en las conclusiones si alguno de ellos logra erigir un modelo que propende a una protección efectiva de la biodiversidad en nuestro país.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la protección del medioambiente ha cobrado especial relevancia a nivel internacional, y nuestro país no ha quedado al margen de esta revolución. La historia legal ambiental en Chile sigue escribiéndose y quedan aún muchos temas que tocar y mejorar. Uno de los capítulos de esta historia que ha quedado en el tintero, y que se encuentra hace ya varios años estancado en el Congreso, es la protección de la biodiversidad. Este concepto que engloba tantos elementos, es sin duda un pilar fundamental para lograr una política de desarrollo sustentable en nuestro país. A raíz de lo anterior, es que hemos decidido analizar en este trabajo el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, pero enfocándonos en uno de sus puntos más elementales, la fiscalización. El conocer el modelo de fiscalización que se está proponiendo nos permitirá imaginar a futuro qué tan efectivo será el cumplimiento de la legislación propuesta y si finalmente se logrará el objetivo de protección mismo. Para esto, nos hemos propuesto analizar el actual modelo de fiscalización que existe en Chile y que se encuentra encabezado por la Superintendencia del Medio Ambiente y algunos criterios internacionales que buscan determinar lo que es un modelo de fiscalización eficiente, para luego realizar una comparación con lo que el proyecto de ley está proponiendo. Todo esto bajo el entendimiento previo de qué es la biodiversidad y en qué radica la importancia de su protección legal.

CAPÍTULO I: BIODIVERSIDAD, PROBLEMÁTICA Y SU REGULACIÓN EN CHILE

1. Concepto de Biodiversidad y la necesidad de ser regulado.

El neologismo “*Biodiversidad*” fue acuñado y utilizado por primera vez por el biólogo Walter G. Rosen, en el marco de la preparación del “Primer Foro Nacional de Diversidad Biológica”, que se llevó a cabo en la ciudad estadounidense de Washington D.C en Septiembre del año 1986 y fue posteriormente popularizado por el biólogo y entomólogo norteamericano Edward O. Wilson en el año 1988, al redactar las actas del mismo foro, cimentándose así el camino para la creación de una serie de acepciones que buscaban darle contenido al incipiente concepto.

Hoy en día la palabra biodiversidad ocupa un lugar destacado en la agenda internacional, y ha adquirido fuerza en diversos ámbitos de la actividad humana. Por lo mismo su definición se ha vuelto compleja y variable según el ámbito específico al cual nos aboquemos. Es más, *“la formulación del concepto biodiversidad ha congregado diferentes enfoques y disciplinas científicas para dar respuesta y explicación al fenómeno del deterioro del ambiente. Esta confluencia de enfoques le confiere la característica de ser un campo en construcción”*¹.

Actualmente la definición más aceptada por la doctrina científica es aquella dada por Wilson en el año 1997, y que la describe como “toda variación de la base hereditaria en todos los niveles de organización, desde los genes en una población local o especie, hasta las especies que componen toda o una parte de una comunidad local, y finalmente en las mismas comunidades que componen la parte viviente de los múltiples ecosistemas del mundo”. *“La diversidad biológica sería, en consecuencia, la variedad que existe en el mundo vivo, es decir, en el seno de los individuos y entre ellos; este sentido amplio identifica*

¹ Núñez, Irama, González-Gaudiano, Édgar, & Barahona, Ana. (2003). La biodiversidad: historia y contexto de un concepto. *Interciencia*, 28(7), p.8

*la biodiversidad con la vida en el mundo*².

En palabras más simples, podemos decir que la diversidad biológica corresponde a *“toda la variabilidad de los organismos vivos en una región. Comprende la diversidad de ecosistemas, la diversidad de especies y las variaciones dentro de las mismas especies, denominada diversidad genética”*³.

La evolución del concepto desde un principio estuvo destinada a traspasar las barreras de lo estrictamente científico. Esencial es el hecho de que la biodiversidad constituye “el capital biológico” de nuestro planeta, es decir los seres humanos somos absolutamente dependientes de ella para sobrevivir, requerimos a cada momento de alguno de sus elementos para llevar a cabo nuestras actividades cotidianas. *“La biodiversidad provee las condiciones y subyace a los procesos que sostienen la economía, lo cual es crítico en países como Chile que dependen directamente de sus recursos naturales. La gestión de la biodiversidad es un poderoso insumo al desarrollo sustentable y, es esperable que la economía se deteriore producto de las pérdidas de biodiversidad”*⁴. Por este motivo es que su conservación y consiguiente regulación legal se ha vuelto imperativa no sólo en nuestro país, sino que también a nivel internacional. Así, se han ensayado y desarrollado algunas definiciones oficiales en este ámbito.

En el plano internacional podemos acudir al Convenio de la Diversidad Biológica (CDB), suscrito y ratificado por Chile en el año 1994, el cual señala que biodiversidad corresponde a “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”, es “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”. Por su parte, en el texto del Programa de las Naciones Unidas para el Medio

² Izco, J. (2004). Botánica (2nd ed., p. 1). S.A. McGraw-Hill /Interamericana de España.

³ Manzur, M. (2005). Situación de la biodiversidad en Chile (p. 15). Santiago, Chile: Programa Chile Sustentable.

⁴ Minuta Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Grupo de Conservación y Biodiversidad. 1° de Abril 2014.

Ambiente (PNUMA), la biodiversidad es definida como “el total de la diversidad y variación de los seres vivos y de los sistemas de los cuales forman parte”.

En lo que concierne a nuestro derecho interno, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente define a la biodiversidad en su artículo 2° letra a) como la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas. Esta definición pretende ser replicada en el artículo 3° letra d) del Proyecto de Ley en trámite que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, y a pesar de que ambos textos legales siguen de cerca la definición dada por el Convenio sobre Diversidad Biológica, si nos ceñimos a lo que señala la doctrina especializada como biodiversidad, la conceptualización elegida por nuestro legislador parece ser bajo una primera mirada, incompleta. En efecto, así lo han señalado diversos agentes participantes en la discusión del mencionado proyecto de ley, entre los que encontramos a algunos representantes de la sociedad civil, como lo son la Fundación Terram, la Fundación de Sociedades Sustentables o el Programa Chile Sustentable. Dichas organizaciones han manifestado su preocupación acerca del inexistente tratamiento de la dimensión genética de la biodiversidad en el texto legal. La bióloga y representante de la Fundación Sociedades Sustentables, Isabel Manzur, expuso ante la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales el día 12 de agosto de 2014, recalcando principalmente la importancia *de la conservación de la diversidad genética, en especial, por los potenciales usos de mejoramiento genético y creación de nuevas industrias (fármacos, cosméticos o alimentos)*⁵, señalando además esta omisión como lamentable, ya que conlleva inevitablemente a una pérdida de especies de altísimo valor, por su calidad de únicas en el mundo.

Entonces, al hablar de biodiversidad debemos necesariamente referirnos a tres niveles de organización; ecosistemas, especies y genes, respecto de los cuales además se deben considerar sus atributos y funciones propias. La definición elegida por nuestra legislación interna resulta insuficiente porque deja fuera de consideración el tercer nivel,

⁵ Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín 9404-12.

correspondiente a la diversidad dentro de las especies, el cual “se refiere a la frecuencia y variedad de genes dentro y entre poblaciones de la misma especie. La biodiversidad genética se refleja en diferencias en la altura de las plantas adultas de arroz, el sabor de las variedades de maíz o el rendimiento de los pinos, por ejemplo”.⁶A su vez, la variedad genética determina la capacidad de evolución y adaptación de una especie, por lo que aislar este nivel de nuestro ordenamiento jurídico implicaría en la práctica una regulación parcial del objeto de protección jurídica, tornando ineficiente la regulación, ya que dejaríamos fuera el elemento base que da origen a la diversidad biológica en todos sus aspectos. Si queremos regular para conservar nuestra biodiversidad lo primero es ser certeros en su definición, ya que solo si definimos adecuadamente y a cabalidad sus límites y alcances podremos realmente protegerla.

En un plano diverso, cabe señalar que “la consideración jurídica o regulatoria de la biodiversidad, ha adoptado en el último tiempo y especialmente desde el Convenio de Biodiversidad, el carácter de componente nuevo, autónomo e independiente de los clásicos componentes del ambiente –flora, fauna y áreas protegidas-, susceptibles de protección o conservación ambiental.”⁷ Esta visión del concepto evidencia otra razón de importancia para regularlo, al ser la diversidad biológica la que provee los servicios vitales para la salud de nuestro planeta tierra, no basta entonces con regular elementos ambientales de forma aislada, sino que se requiere interrelacionarlos entre sí para que la conceptualización se vuelva realmente útil. A pesar del desarrollo internacional de este concepto como un término autónomo, en nuestro país aún al día de hoy cuando hablamos de biodiversidad, “el derecho nos reconduce a las clásicas regulaciones sobre áreas protegidas, flora y fauna, inconexas entre sí y sin que todavía podamos considerar a éste componente con autonomía normativa”⁸. Para revertir esta situación es que se ha estado trabajando como país en un Proyecto de Ley unificador sobre biodiversidad, el cual representa un avance significativo en la materia, pero que a su vez deberá franquear varios obstáculos para llegar a ser un

⁶ Proyecto Biodiversidad en el Desarrollo (2001). Enfoque estratégico para integrar la biodiversidad en la cooperación para el desarrollo. Comisión Europea, Bruselas, Bélgica/UICN, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido. p.2

⁷ Soto Oyarzún, L. (2014). Régimen jurídico de conservación de la biodiversidad en Chile (Doctorado). Universidad de Alicante.p.495.

⁸ Ibid., p.496.

instrumento legítimo y efectivo en la protección de la diversidad biológica en todos sus niveles.

Siguiendo con la idea de la necesidad de legislar el concepto de biodiversidad, podemos decir que éste *“cristaliza una nueva perspectiva para la conservación. Pero no por tratarse de una nueva entidad, toda vez que los términos diversidad biológica, variedad natural y naturaleza han estado presentes desde hace tiempo. Su contribución reside en que bajo el significativo biodiversidad estas nociones se han reagrupado para unir diversos esfuerzos hacia la conservación”*⁹. Comprender el significado de la acepción biodiversidad es esencial para lograr los objetivos de protección de la misma. Así también, al conocer sus diversas definiciones se nos abren las puertas a un concepto complejo, y a la vez, se nos entregan mayores herramientas para abordarlo y hacernos cargo de su detrimento, ya que no podemos dejar de lado el hecho irrefutable de que la *“biodiversidad cumple funciones ecológicas vitales para todo el sistema. Los habitantes del suelo contribuyen a hacer posible el crecimiento de las plantas, incluidos los cultivos, descomponen los residuos orgánicos y varios inorgánicos; las plantas, en todos sus hábitat —desde las montañas hasta el fondo del mar— sostienen el suelo o sustrato, son alimento de animales, regulan el ciclo del agua para beber o para la agricultura”*¹⁰ a fin de cuentas y como señala la Estrategia Nacional de Biodiversidad, la biodiversidad es sinónimo de vida en la Tierra, es la que nos permite la subsistencia cada día, gracias a ella podemos tener un plato de comida en la mesa, agua para beber o ropa para vestir.

2. Situación de la Biodiversidad en Chile.

La diversidad biológica de nuestro país posee una particularidad que la distingue del resto de los países del mundo, su alto valor endémico, el cual viene dado por la alta variedad de ambientes marinos, costeros, terrestres e insulares que lo configuran. Este valor se encuentra *“determinado por una situación geográfica y fitosanitaria exclusiva, aislada por la cordillera de los Andes, el Océano Pacífico, el desierto de Atacama y los hielos polares.*

⁹ Núñez, Irama, González-Gaudio, Édgar, & Barahona, Ana. (2003). La biodiversidad: historia y contexto de un concepto. *Interciencia*, 28(7), p.8.

¹⁰ CONAMA (2003) Estrategia Nacional de Biodiversidad. p.1.

Esta singular diversidad caracterizada por la geografía, sumado a las diferencias de latitudes desde subtropical a subantártico, hacen del territorio un país de montañas, valles y climas únicos en el planeta, con gran riqueza ecosistémica”¹¹.

En cuanto a diversidad de especies, como ya hemos señalado, la flora y fauna chilena en general poseen altos niveles de endemismo, característica que las hacen muy valiosas y exigen su conservación. En efecto, hasta el año 1995 se reconocían cerca de 30.000 especies diferentes de plantas y animales, número que incrementa año a año a medida que se sigue investigando, *“de esta manera es posible que muchas especies endémicas en Chile se encuentren amenazadas, aun cuando todavía se desconoce suficientemente el aporte que pudieran tener a futuro en áreas tan específicas como la medicina, la industria o el mejoramiento genético para la agricultura”*.¹² Respecto a la diversidad de ecosistemas terrestres, se reconocen diversos tipos directamente asociados a la vegetación y al clima imperante en la zona, dentro de los cuales se incluyen *“desde zonas áridas y semiáridas en el norte, hasta regiones de bosques lluviosos templados y subpolares en el sur”*¹³.

Por otra parte, dadas las condiciones de aislamiento geográfico y la variedad climática chilena, es que contamos además con una alta diversidad genética. Esta diversidad se mide en base al número de subespecies, variedades o razas existentes dentro de una misma especie. Cabe mencionar que el estudio de este nivel aún es escaso en nuestro país, pero con miras a desarrollarse.

3. La pérdida de biodiversidad y la importancia de su conservación para Chile.

A nivel mundial la creciente pérdida de biodiversidad se relaciona básicamente con la irresponsable y poco sustentable actitud del ser humano hacia la naturaleza. Según señalan el World Resources Institute (WRI), la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), las causas fundamentales de pérdida de biodiversidad, corresponden a: el insostenible

¹¹ Ibid., p.3.

¹² CONAMA (2003) Estrategia Nacional de Biodiversidad. p.4.

¹³ Manzur, M. (2005). Situación de la biodiversidad en Chile. Santiago, Chile: Programa Chile Sustentable. p.19.

ritmo de crecimiento de la población humana y el consumo de los recursos naturales, a la reducción constante del espectro de plantas comercializadas para la agricultura y la silvicultura, y la introducción de especies exóticas asociadas a la agricultura, silvicultura y pesquería, los sistemas económicos y las políticas que devalúan el medio natural y sus recursos, la falta de equidad en la propiedad y el acceso a los recursos naturales, incluidos los beneficios derivados del uso y la conservación de la biodiversidad, el inadecuado conocimiento y el uso ineficiente de la información y por último, a los sistemas legales e institucionales que promueven la explotación insostenible de la naturaleza.

Estudios recientes señalan que en los últimos 200 años se han extinguido en nuestro planeta alrededor de 112 especies conocidas. El boom de la revolución industrial transformó en tan solo un siglo, cientos de ecosistemas naturales en ciudades altamente pobladas que demandan altos porcentajes de recursos naturales y energéticos para subsistir, todos los cuales se obtienen y dependen finalmente de la diversidad biológica que proporciona la Tierra. La extinción y deterioro de hábitats, es la principal causa de pérdida de biodiversidad. La transformación deliberada de paisajes como bosques, valles mares o lagunas por nombrar algunos, en sistemas de cultivo agrícola o acuícola, represas, autopistas concesionadas, industrias, etc., han ido minando el hábitat de millones de especies. Puede suceder que no siempre la transformación sea total, pero siempre existirá un porcentaje de deterioro de la estructura y función de los ecosistemas impactados.

En el plano nacional la historia no ha sido muy diferente a lo que está ocurriendo en el resto del mundo, nuestra biodiversidad también está disminuyendo considerablemente y el estado de vulnerabilidad de ecosistemas y especies nativas es evidente. *“Aunque en Chile no existen programas oficiales de monitoreo de la biodiversidad de largo plazo, todos los antecedentes sugieren que las tres principales causas de amenazas para las especies chilenas son la pérdida y fragmentación de hábitat, las especies exóticas invasoras y la sobreexplotación de la biodiversidad”*.¹⁴ Debemos sumar a esto la incidencia del cambio climático global y el hecho de que el modelo económico de nuestro país ha basado su desarrollo fundamentalmente en la explotación excesiva de recursos naturales, generando así una presión no sustentable y desmedida sobre los ecosistemas naturales. De aquí que

¹⁴ Ministerio del Medio Ambiente- Subsecretaría del Medio Ambiente, (2011). Guía de apoyo docente sobre especies amenazadas y biodiversidad para la enseñanza básica (p. 27). Chile: Andros Impresores.

la biodiversidad de nuestro país haya sido clasificada como una de las más amenazadas según el Banco Mundial y la World Wildlife Fund (WWF) dentro del marco de la iniciativa Global 200, estado crítico de conservación que se agudiza si consideramos el hecho de que la zona central y sur de nuestro país se encuentran entre los 35 hotspots con prioridad de conservación mundial.

A modo de corolario podemos señalar entonces que *“las características que acentúan la importancia para Chile de la diversidad biológica están dadas por la existencia de especies, ecosistemas y territorios de gran singularidad y elevado valor ecológico global (endemismo); la presencia de hotspots de biodiversidad reconocidos mundialmente, los servicios ambientales que proporciona, la alta productividad biológica y el significativo valor económico de sus recursos naturales por ser la base del crecimiento del país”*¹⁵.

4. Hitos en la evolución de la protección internacional de la biodiversidad.

A partir del año 1982 se han venido gestando una serie de acuerdos internacionales que tienen como pretensión principal el resguardo de la naturaleza. En un principio, estas experiencias estuvieron más bien ligadas a la resolución de problemáticas ambientales generales, pero con el pasar de los años se ha ido consagrando una política más específica donde la conservación biológica ha adquirido un rol determinante.

A continuación se presentan los hitos de protección más relevantes en la materia:

4.1. Carta Mundial de la Naturaleza de Naciones Unidas.

Este instrumento no vinculante fue aprobado con fecha 28 de octubre de 1982 por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución N° 37/7.

Podemos considerarlo el primer hito de la protección ambiental y biológica porque estableció como principios generales algunos criterios de importancia mundial que comenzaron a dibujar una idea de lo que significaba el proteger efectivamente la naturaleza. Su aprobación dio pie en consecuencia a que los 118 Estados que firmaron a su favor comenzaran a vislumbrar la adopción de nuevos y futuros acuerdos en materia ambiental, los cuales quedarían obligados a regirse por los principios enunciados en la Carta,

¹⁵ CONAMA (2003) Estrategia Nacional de Biodiversidad p.2.

principios que además tuvieron que ser integrados a la normativa interna de cada uno de los países participantes.

El texto de la declaración consta de 24 artículos. En ellos se incluye una serie de principios generales de carácter filosófico y ético de conservación, una referencia a las funciones y por último la aplicación de los principios. Entre los principios generales figuran los de respetar todas las especies, silvestres y domésticas y los hábitats necesarios para este fin. Asimismo se conservarán los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos. También se protegerá la naturaleza de la destrucción que causan las guerras¹⁶.

4.2. Cumbre de la Tierra, Río de Janeiro.

Diez años después de la aprobación de la Carta Mundial de la Naturaleza, se llevó a cabo la Cumbre de la Tierra, fructífero encuentro mundial del cual surgieron una serie de instrumentos vinculantes en materia ambiental¹⁷, dentro de los cuales podemos encontrar la “Convención sobre la Diversidad Biológica”¹⁸, la cual es reconocida por algunos autores como el paradigma jurídico de la biodiversidad.

Básicamente este Convenio principia el reconocimiento de la problemática de la conservación biológica, visibilizándola ante la comunidad mundial y otorgándole contenido normativo, estableciendo una definición jurídica del concepto diversidad biológica, así como también normas de cooperación internacional entre los Estados Partes, que los exhortan por ejemplo a establecer procedimientos adecuados a través de los cuales sea exigible la evaluación de impacto ambiental de proyectos que puedan tener efectos adversos

¹⁶ (2016). Obtenido de http://elpais.com/diario/1984/11/12/sociedad/469062008_850215.html

¹⁷ En esta Cumbre se adoptó además la Convención de Cambio Climático, la Convención de Lucha contra la Desertificación, la Declaración sobre Bosques en la que Chile es parte y el Plan de acción ambiental Agenda 21, el cual contempla una serie de medidas que los Estados deben adoptar en materia de conservación de la biodiversidad. Cabe señalar además que de este Convenio han surgido además dos protocolos, el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a recursos genéticos y la propiedad intelectual, así como también podemos destacar la aprobación de las Metas Aichi para la Diversidad Biológica.

¹⁸ Promulgado como Ley de la República mediante Decreto Supremo N° 1.963 de fecha 28 de diciembre de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial del 06 de mayo de 1995.

significativos sobre la biodiversidad, o a incluir dentro de sus programas o políticas criterios apropiados que minimicen las consecuencias ambientales sobre ecosistemas y especies.

Finalmente, en palabras simples podemos decir que *“la Convención sobre Biodiversidad es el corolario del sistema internacional de protección de parques, áreas silvestres y protección de la naturaleza. Su importancia radica en el hecho de constituir el primer acuerdo global cabal que aborda todos los aspectos de la diversidad biológica: recursos genéticos, especies y ecosistemas”*¹⁹.

4.3. Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible.

El año 2002 se llevó a cabo en la ciudad de Johannesburgo la Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible. La convocatoria en cuestión pretendía conciliar las urgencias del desarrollo económico con la necesidad de mantener habitable el planeta para las generaciones futuras. Dicho cometido no quedó más que en palabras, ya que en la realidad no se logró concretar ningún acuerdo de carácter vinculante para el ámbito ambiental internacional. Finalmente, sólo se reiteraron los compromisos adoptados en Río de Janeiro el año 1992 y en materia de biodiversidad se habló básicamente de “reducir considerablemente la pérdida de especies para el año 2015”²⁰.

4.4. Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20.

Esta Conferencia se llevó a cabo en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil el año 2012, veinte años después de la celebración de la Cumbre de la Tierra. La ONU señaló en su momento que este evento se erigía como “una oportunidad histórica para trazar los caminos hacia un mundo más seguro, más equitativo, más limpio, más verde y más próspero para todos”²¹.

¹⁹ Soto Oyarzún, L. (2014). Régimen jurídico de conservación de la biodiversidad en Chile (Doctorado en Derecho Ambiental). Universidad de Alicante p.503

²⁰ Conclusiones finales de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo | Fundación Proteger. (2016). Proteger.org.ar. Obtenido el 10 de Octubre de 2016, desde <http://www.proteger.org.ar/cierre-cumbre-mundial-johannesburgo-2002/>

²¹ Portada - Desarrollo Sostenible. (2016). Desarrollo Sostenible. Obtenido el 11 de Octubre de 2016, desde <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

Como corolario de su realización y en lo que respecta a diversidad biológica podemos decir que cumplió con reafirmar el valor intrínseco de la misma, recalcando sus valores asociados, como los sociales, científicos, económicos, culturales, entre muchos otros, destacando su rol esencial en el mantenimiento de los ecosistemas mundiales y estableciendo directrices concretas de acción para los Estados Partes, las cuales tendrían como objetivo cumplir las metas propuestas previamente en el Convenio de Biodiversidad (específicamente en su Plan Estratégico 2011-2020) y las Metas Aichi adoptadas en la Cumbre de la Tierra del año 1992²².

Todos estos hitos marcan una tendencia de lo que se está queriendo decir cuando hablamos de conservar la diversidad biológica de nuestro planeta. Hace más de treinta años que este tema ha sido puesto sobre el tapete y el desafío jurídico no se ha vuelto menos complejo y engorroso de implementar globalmente. A pesar de esto, se debe seguir avanzando más allá de las dificultades. Seguramente seguirán habiendo más hitos de protección en este sentido o al menos, eso esperamos, por el bien de cada una de las especies que habitan este planeta. Contamos con el derecho ambiental internacional como principal herramienta de garantía para la preservación de la biología y la vida en la Tierra, por lo que debemos sacarle el máximo provecho, el cual solo será posible de alcanzar si los Estados están dispuestos a ceder en ciertos aspectos para así adoptar acuerdos que beneficien a toda la humanidad.

5. Gestión de la biodiversidad en Chile.

Para hablar de la gestión de la biodiversidad en nuestro país debemos primero ahondar un poco en la historia de la misma para así comprender mejor la situación de su presente.

La gestión y conservación de la diversidad biológica *“ha evolucionado en Chile desde que se institucionalizó el sistema de áreas protegidas, pasando desde la preservación del medio ambiente sin interferencia, al uso sabio de los recursos tierra, agua y vida silvestre para*

²² En Resolución N° 66/288 de fecha 27 de Julio de 2012, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de biodiversidad se señaló básicamente lo siguiente: “En este contexto, afirmamos la importancia de aplicar el Plan estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y conseguir las Metas de Aichi para la Diversidad Biológica adoptadas por la Conferencia de las Partes en el Convenio en su décima reunión.

*todos los propósitos que benefician al hombre, conceptos hoy vinculados al desarrollo sustentable*²³.

Actualmente Chile es signatario de más de diez Convenios Internacionales directamente ligados a la conservación de la biodiversidad y de muchos otros indirectamente relacionados con este tipo de protección. Cuenta además con una normativa especial para la autorización y ejecución de proyectos de inversión que puedan generar impactos en la biodiversidad y en el ambiente en general²⁴ y con una Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable, a lo que se suma una serie de normas secundarias que apoyan la conservación, restauración y protección de los recursos naturales productivos y no productivos. Aun así y como veremos a continuación, todo este entramado normativo no ha resultado suficiente para la conservación de la biodiversidad, por diversos motivos, por lo que todo Chile se encuentra a la espera de una nueva reforma al sistema jurídico ambiental, que contempla la creación de un Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas que pretende unificar todas las competencias necesarias para hacerse cargo de la gestión de la biodiversidad de manera eficiente.

5.1. Breve historia de la protección de la biodiversidad en Chile.

*Como ya enunciábamos líneas más arriba “la historia e institucionalidad de la protección de la biodiversidad chilena, ha sido en realidad la historia de las áreas protegidas (particularmente terrestres) que se remonta a más de 100 años atrás de acuerdo con el registro de los hitos más importantes en la materia”*²⁵.

Esta historia principia el año 1907 con la creación de la primera Área Protegida terrestre nacional y de Latinoamérica, la Reserva Forestal Malleco²⁶. A partir de ese momento se

²³ Foladori, G. & Tommasino, H. (2000). El concepto de desarrollo sustentable, 30 años después. *Desenvolvimento E Meio Ambiente*, 1, 2

²⁴ El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Ley N° 19.300 de 1994.

²⁵ Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, (2012). Análisis del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 7487-12). (p.8). Santiago.

²⁶ Fue creada el 30 de septiembre de 1907, por Decreto Supremo N° 540 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Respecto a los fundamentos de su establecimiento, no existe claridad acerca de la normativa ambiental

comenzaron a gestar una serie de esfuerzos normativos que pretendían lograr una protección legal sólida de la naturaleza. Dichos esfuerzos culminaron el año 1931 con la dictación del Decreto Supremo N°4363 que dio vida a la hasta el día de hoy vigente Ley de Bosques, y *“aunque valorable, esta primera intención posee varias críticas en relación con la falta de desarrollos conceptuales sobre las categorías de protección consideradas y sus objetivos de protección asociados. Sin embargo, es la primera Ley que avaló la creación de unidades de protección e inició de esta manera la conservación in situ en Chile”*²⁷.

Siguiendo con el desarrollo de las áreas protegidas, en el año 1940 se establecen en nuestro país las tres actuales categorías del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE): Parque Nacional, Reserva Nacional y Monumento Natural. Previo a este hito y durante los años posteriores se fue incrementando fuertemente el número de unidades de conservación a lo largo del país.

El 10 de octubre de 1967 entra en vigor la Convención para la protección de la flora y fauna y las bellezas escénicas de América, más conocida como “Convención de Washington”.²⁸ Su implementación en nuestro país estuvo a cargo del Ministerio de RREE y hoy en la práctica ha perdido vigencia, debido al carácter cambiante del derecho ambiental que constantemente debe estar renovando las herramientas de conservación, a lo que se suma además la promulgación de nuevos acuerdos internacionales en la materia. Tres años después se promulga la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, que establece las regulaciones para la creación de Santuarios de la Naturaleza y en que CONAF asume entre otras tareas la de administrar y desarrollar Parques Nacionales, Reservas Forestales y Bosques Fiscales. A la fecha en que esto ocurre, en Chile ya existían cerca de 10 millones de hectáreas bajo alguna forma de protección.

sobre la cual se justificó, se cree que puede haber sido en virtud de la Ley del año 1879 sobre reservas de bosques fiscales o la Ley N° 1.768 del año 1905 que facultaba al presidente a destinar bosques para la explotación y la instalación de plantas siderúrgicas.

²⁷ Basic, Z. & Arriagada, R. (2012). Conservación de la biodiversidad y áreas protegidas en Chile. Revista Agronomía Y Forestal UC, 46, 20.

²⁸ Fue firmada el 12 de octubre de 1940, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) y constituye el primer intento a nivel continental de proteger a todas las especies y géneros de la flora y fauna de América de la extinción y preservar áreas de extraordinaria belleza.

El año 1974 se promulga el Decreto Ley N° 701, que regula la actividad forestal e incentiva la forestación. Diez años después se dicta la Ley N° 18.362 con la finalidad de crear el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), cuya entrada en vigencia quedó eternamente supeditada a la promulgación de una ley que crearía la “Corporación Nacional Forestal y de Protección de los Recursos Naturales Renovables” en reemplazo de la CONAF, la cual nunca se dictó. Por lo anterior, hasta el día de hoy la CONAF ha sido la encargada de la protección de los Recursos Naturales Renovables y del SNASPE, a pesar de que este no se encuentra legalmente vigente.

El año 1986 diversos académicos y científicos hicieron manifiesta la necesidad de desarrollar un sistema de áreas protegidas marinas, a lo que en 1989 se respondió oficialmente con la incorporación de tres estrategias administrativas para la conservación de la diversidad biológica marina en la Ley General de Pesca y Acuicultura (N° 18.892), las cuales fueron básicamente la creación de áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos (AMERB), de reservas marinas y parques marinos.

A partir de la década del 90 comienza a consolidarse el sistema de protección ambiental chileno, surgiendo una serie de normativas legales en la materia. La primera y sumamente importante fue la promulgación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente²⁹, mediante la cual se creó la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), cuya función principal era coordinar el diseño e implementación de la política pública ambiental. Justo un año después de este hito normativo nacional, entra en vigencia el Convenio sobre la Diversidad Biológica. De este último podemos decir que *“su implementación ha sido poco prioritaria en el país, lo que se refleja en que a 10 años de su ratificación, recién en el año 2003 se acordó la Estrategia Nacional de Biodiversidad...las dificultades se pueden atribuir a la falta de voluntad política y al concepto errado de los gobiernos de turno sobre la existencia de un conflicto entre la conservación y uso sustentable de la biodiversidad, con el desarrollo económico del país.”*³⁰

²⁹ Dicha ley, en sus artículos 34 y 35, asigna al Estado la administración de un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, en referencia al SNASPE, y el fomento de áreas silvestres protegidas de propiedad privada.

³⁰ Manzur, M. (2005). Situación de la biodiversidad en Chile. Santiago, Chile: Programa Chile Sustentable. p.47.

El año 1997 se establece la primera Reserva Marina legalmente constituida: La Rinconada, ubicada en la región de Antofagasta³¹, y dos años después se crea la primera Área Marina y Costera Protegida (AMCP), denominada “Parques Submarinos Coral Nui Nui, Motu Tautara y Hanga Oteo, en Isla de Pascua”³², a la cual se agregan por lo menos otras cinco nuevas AMCP al día de hoy.

El año 2003, se aprueba la Estrategia Nacional de Biodiversidad por el Consejo Directivo de la CONAMA, la cual entre sus medidas incluye dentro de la categoría de Áreas Protegidas del Estado a los Sitios Prioritarios para la Conservación de Biodiversidad.

Posteriormente, en el año 2005, se aprueba la Política Nacional de Áreas Protegidas, cuyo principal objetivo es el establecer un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, marinas y terrestres que integre los esfuerzos públicos y privados. El mismo año se declara el establecimiento de las Reservas Marinas Isla Choros-Damas e Isla Chañaral, así como también se crea el Reglamento sobre Parques y Reservas Marinas³³ que buscaba regular las actividades que se llevarían a cabo al interior de las áreas protegidas marinas.

El año 2007, el Consejo Directivo de CONAMA aprueba el Plan de Acción de la Política Nacional de Áreas Protegidas y al año siguiente luego de más de una década de discusión en el Congreso se dicta la Ley N° 20.283, de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal que busca fomentar la conservación, manejo y recuperación de la biodiversidad en terrenos privados.

El año 2010, y dieciséis años después del primer hito de la reforma ambiental chilena, se crea finalmente el Ministerio del Medio Ambiente con la entrada en vigencia de la Ley 20.417, en la cual se establece que el Presidente de la República deberá elaborar en el plazo de un año uno o más proyectos de Ley que cree el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y que establezca la CONAF pública, mandato que un año después se pretende cumplir con el envío al Congreso de los proyectos de Ley para la creación del Servicio de

³¹ D.S. N° 522/97 del Ministerio de Economía, donde se estipula que quedará bajo la tuición del Servicio Nacional de Pesca.

³² Mediante D.S. N° 547 del Ministerio de Defensa Nacional.

³³ D.S. N° 238/16.09.04 del Ministerio de Economía.

Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Servicio Nacional Forestal. El Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad fue retirado y vuelto a presentar en el año 2014, con una nueva propuesta legislativa, la que actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado.

La historia de la protección y gestión de la biodiversidad en Chile aún sigue construyéndose. El desafío de hoy está en lograr un sistema integrado de regulación que aborde toda la problemática de la biodiversidad y coordine los roles de las distintas instituciones que hoy tienen competencia en la materia. Si ese objetivo se cumple, podríamos agregar un nuevo y quizás el más importante hito en lo que refiere a la gestión de la biodiversidad en nuestro país, haciendo que todos los avances ya alcanzados valgan la pena.

5.2. Legislación y convenios internacionales vigentes en Chile que protegen la biodiversidad.

5.2.1. Legislación Nacional.

Desde los inicios de la República, nuestro país ha dictado un conjunto de leyes y reglamentos que han ido surgiendo según las necesidades de cada época, pero siempre con el mismo objetivo: afrontar las amenazas contra la diversidad biológica. En este apartado trataremos de modo esencial aquella normativa vigente que consideramos más importante, entre la que destaca la Ley de Bosques, el Decreto 701 y la Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, la Ley de Caza y la Ley General sobre Bases del Medio Ambiente, entre otras, referidas a la flora y fauna de nuestro territorio.

5.2.1.1. La Ley de Bosques, el Decreto Ley N° 701 y la Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal.

La Ley de Bosques y el Decreto Ley N° 701 fueron durante muchos años la base jurídica de la regulación en la explotación forestal de Chile.

La Ley de Bosques del año 1931, tenía como objetivo principal regular la corta y explotación de los bosques nacionales, en base al establecimiento de restricciones para evitar su

sobreexplotación o en casos más graves, su destrucción. Abarcaba también dentro de sus ámbitos de acción la creación de áreas protegidas. Básicamente esta ley fue creada con la idea de favorecer la conservación de bosques y consiguientemente la diversidad de especies y ecosistemas que habitaban en ellos.

Con el paso de los años, esta ley no fue suficiente para afrontar la creciente erosión de los suelos forestales, por lo que, y en sintonía con la tendencia internacional, se estableció en nuestro país una política de plantaciones forestales, las cuales subsistirían gracias a incentivos tributarios o subsidios estatales directos. Dicha política se enmarcó dentro de la dictación del Decreto de Ley N° 701 de 1974.³⁴ Al comienzo de su implementación existía acuerdo entre los distintos agentes de la sociedad, principalmente conservacionistas y empresarios forestales de que la forestación era necesaria para detener el detrimento de los suelos nacionales y que a través de la plantación de especies exóticas de rápido crecimiento (pino insigne y eucaliptus) se elevaba la productividad de la industria forestal. Con el paso de los años, comenzó a esparcirse la preocupación de los conservacionistas, dado que se hacía evidente que se estaba abusando de este modelo de sustitución de bosque nativo por plantaciones uniformes que estaban erosionando los suelos y desecando fuentes hídricas aledañas, lo que generaba un impacto negativo directo sobre el medioambiente, como la pérdida de flora y fauna y por ende, de biodiversidad endémica de nuestro país.

La situación extrema en que se encontraba nuestro bosque nativo chileno llevó a que en el año 1992, bajo el gobierno del Presidente Aylwin, se presentara el Proyecto de Ley Boletín N° 669 que pretendía crear una legislación para la recuperación del bosque nativo y el fomento forestal, la cual finalmente logró materializarse dieciséis años después.

La Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (N° 20.283)³⁵ dispone como objetivos la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin

³⁴ A tal punto dramática es la situación, que la evaluación de desempeño ambiental de la OCDE 2015, nos advierte que si persiste el actual ritmo de deforestación fuera de las áreas protegidas, los bosques Valdivianos desaparecerán en los próximos 20 años y según estudios del Ministerio de Medio Ambiente del año 2014 anualmente se pierde entre el 3,5% y el 4,5% de cubierta forestal nativa.

³⁵ Esta Ley cuenta además con cinco reglamentos:

1. Reglamento General de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal,

de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental.³⁶ Según señala la CONAF, con la promulgación de esta ley nuestro país dispone de la más moderna legislación de Latinoamérica destinada al desarrollo sustentable de los recursos vegetacionales originarios, y además tiene como espíritu impulsar el progreso social y económico de las comunidades rurales en equilibrio con la protección del medio ambiente.³⁷ Respecto a los aportes de la implementación de esta Ley, se ha considerado que ha constituido un avance a la hora de hablar de desarrollo de una política forestal autónoma, en lo que respecta básicamente a la conservación ecosistémica, *“no obstante, se sigue discutiendo en términos anquilosados, la explotación económica del bosque nativo, y así por ejemplo mantiene las bonificaciones a objetivos de manejos de producción maderera con grandes cantidades monetarias, o permite la autorización discrecional de la CONAF a la intervención excepcional del bosque nativo en relación a las prohibiciones que sobre este se han ceñido”*.³⁸

5.2.1.2. La Ley de Caza (N° 19.473).

Esta Ley fue promulgada el año 1996, y es considerada como un instrumento sumamente importante para la conservación de la biodiversidad, dado que se encarga de reglamentar la caza, captura, tenencia y comercialización de las especies de fauna nativa y de especies exótica introducidas en Chile, su objeto fundamental básicamente es prohibir la captura o caza de ejemplares de fauna silvestre que se encuentren en peligro de extinción o dentro de las categorías de vulnerables, raras, escasamente conocidas, beneficiosas para la

Decreto N° 93.- Santiago, 26 de noviembre de 2008.

2. Reglamento del fondo de Conservación, Recuperación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo, Decreto N° 95.- Santiago, 26 de noviembre de 2008.
3. Reglamenta los Recursos destinados a la Investigación del Bosque Nativo, Decreto N° 96.- Santiago, 26 de noviembre de 2008.
4. Reglamento de Suelos, Agua y Humedales, Decreto N° 82.- Santiago, 20 de julio de 2010.
Reglamento del Consejo Consultivo del Bosque Nativo, Decreto N° 80.- Santiago, 29 de agosto de 2008.

³⁶ Artículo 1° de la Ley sobre recuperación de bosque nativo y fomento forestal N° 20.283, del Ministerio de Agricultura.

³⁷ Véase www.conaf.cl/nuestros-bosques/bosque-nativo/

³⁸ (2016). <http://dx.doi.org/> ISSN 0719-5028. (Boletín electrónico Geografía UC)

actividad silvoagropecuaria, para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales, o que presenten densidades poblacionales reducidas.³⁹

5.2.1.3. La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (N° 19.300).

Esta Ley fue promulgada el año 1994 y puesta en marcha por la CONAMA. Posteriormente fue modificada el año 2010 por la Ley 20.417, que creó el Ministerio del Medio Ambiente. A pesar de que la promulgación de esta ley es previa a la entrada en vigencia del CDB en nuestro país, podríamos decir que en gran parte su creación es una consecuencia de este Convenio, dado que varios de los artículos que abarca se basan en los conceptos y principios que incorpora este documento a la legislación ambiental internacional. En lo que importa a la protección de la biodiversidad, sabemos que esta norma estableció por primera vez en nuestro país un concepto de diversidad biológica⁴⁰, y por otra parte, vino a regular el uso y resguardo de los recursos naturales mediante el establecimiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) como un requisito ineludible para poder llevar a cabo un proyecto productivo de inversión que supusiera efectos adversos de importancia sobre el medioambiente. También se abordan en esta normativa otros aspectos relevantes de la conservación biológica⁴¹, como lo son la administración e implementación de un sistema de áreas silvestres protegidas públicas y privadas, la creación de un procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres en base a las categorías recomendadas por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) según su estado de conservación y por último, aborda también la protección de los suelos.

Respecto de esta ley y en materia de conservación del patrimonio natural, existen al día de hoy varias omisiones, entre las que podemos destacar ciertamente -porque es el tema que nos preocupa en este trabajo-, el problema de la fiscalización de la biodiversidad nacional, la cual depende de diversos servicios públicos con competencias convergentes entre sí,

³⁹ El Reglamento de la Ley de Caza Decreto Supremo N°5 de enero de 1998 señala cuáles especies pueden o no ser cazadas, el período y las cuotas de caza.

⁴⁰ Artículo 2° letra a) de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300.

⁴¹ Artículos 34 a 39 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300.

como por ejemplo el SAG, CONAF o SERNAPESCA. En este sentido la creación del Ministerio del Medio Ambiente, no fue suficiente para conciliar estos roles, problema que se espera sea resuelto con la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

5.2.1.4. Legislación relativa a la flora y la fauna⁴².

Nuestra legislación cuenta con una serie de normativas que buscan proteger a las diversas especies de flora y especies de animales nativos chilenos. A continuación dejamos un listado con algunas de estas:

- Decreto Supremo (DS) N° 490 de 1976, del Ministerio de Agricultura, que declara Monumento Natural a la especie forestal alerce (publicado en el Diario Oficial el 05/09/77).
- DS N° 43 de 1990, del Ministerio de Agricultura, que declara Monumento Natural a la araucaria (publicado en el Diario Oficial el 03/04/90).
- DS N° 129 de 1971, del Ministerio de Agricultura, que prohíbe la corta, transporte, tenencia y comercio de copihue (publicado en el Diario Oficial el 01/04/71).
- DS N° 13 de 1995, del Ministerio de Agricultura, que declara Monumento Natural a las especies forestales queule, pitao, belloto del norte, belloto del sur y ruil.
- DS N° 908 de 1941, que establece el requisito de autorización del SAG y un plan de manejo aprobado por CONAF para la corta de ejemplares de palma chilena (*Jubaea chilensis*).
- DS N° 176 de 1926, que regula la explotación de la algarrobilla (*Balsamocarpon brevifolium*).
- DS N° 366 de 1944, que regula la explotación del tamarugo (*Prosopis tamarugo*), el algarrobo (*Prosopis chilensis*), el chañar (*Geoffroea decorticans*), el guayacán (*Porlieria chilensis*), el olivillo (*Kageneckia angustifolia*), el carbón o carboncillo (*Cordia decandra*), el espino (*Acacia caven*), el boldo (*Peumus boldus*), el maitén (*Maytenus boaria*), el litre (*Lithraea caustica*), el bollén (*Kageneckia oblonga*), el quillay (*Quillaja saponaria*).
- DS N° 1119 de 1957 y DS 1427 de 1941, que regulan la explotación de la yareta (*Azorellas* spp).
- DS N° 1099 de 1940 que regula la explotación del ulmo y del tineo.
- El DL N° 182 de 1978 prohíbe el transporte, comercialización, posesión e industrialización del Lobo fino antártico y del Lobo fino de Juan Fernández.
- El Convenio de la Chinchilla de 1910.

⁴² Manzur, M. (2005). Situación de la biodiversidad en Chile. Santiago, Chile: Programa Chile Sustentable.

- Decreto N° 167 del 23 de septiembre de 1994, que prohibió la captura de lobos marinos.

5.2.2. Convenios Internacionales.

A continuación, damos a conocer un listado con los principales instrumentos y actos políticos internacionales suscritos por Chile con el objetivo de avanzar en la protección de la biodiversidad, algunos de los cuales ya han sido referidos previamente:

- Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).
- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).
- Convención para la Protección de la Flora de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (Convención de Washington).
- Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (Convención de Bonn).
- Convención de Áreas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención Ramsar).
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular África.
- Agenda 21.
- Convención Internacional para la Regulación de la Caza Ballenera.
- Tratado Antártico.
- Convención sobre la Conservación de Focas Antárticas.
- Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos Antárticos (CCMLAR).
- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.
- Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste.
- Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras Protegidas del Pacífico Sudeste.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Si tuviésemos que analizar cuantitativamente la normativa con la que cuenta hoy Chile en materia de conservación de la biodiversidad, los números revelarían una gran cantidad de esfuerzos legislativos que buscan conseguir los objetivos de protección. El problema es que esta visión no resulta suficiente si tenemos en cuenta que todas las leyes ambientales hoy vigentes fueron dictadas sectorialmente y con total ausencia de una visión global del problema. Cada una de las normas fue creada como respuesta a lo que en su momento fueron problemas ambientales específicos, los cuales se vieron además enmarcados dentro de una política ambiental confusa y poco definida. Cabe mencionar también que muchos de los textos legales que hoy rigen la materia son sumamente antiguos, y dado el carácter cambiante de los aspectos ambientales del Derecho, su vigencia se vuelve un tanto incierta para ser absolutamente aplicables a la realidad actual. A esto se suma la existencia de diversos vacíos legales que muchas veces permiten el aprovechamiento de los sectores productivos en desmedro de la protección de especies y ecosistemas.

De aquí surge la importancia de una legislación integradora y coherente sobre la conservación de la diversidad biológica y el uso sustentable de los recursos naturales del país, como se pretende que sea el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas que pasamos a analizar en los acápite siguientes.

CAPÍTULO II: EL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS (BOLETÍN 9404-12).

1. Introducción.

El 26 de enero del año 2010, día en que fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, se comenzó a implementar en nuestro país la denominada “Reforma a la institucionalidad ambiental”. Hoy, a ocho años de este hito legislativo, el proceso aún se encuentra abierto y pendiente hasta que no se cumpla con el compromiso político plasmado en el artículo 8° transitorio de dicho cuerpo normativo⁴³, el cual mandata el envío por parte del Presidente de la República de uno o dos proyectos relativos a la creación de un Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. El compromiso enunciado viene de la mano de una serie de acuerdos internacionales asumidos por Chile en materia de protección jurídica de la biodiversidad, los cuales debiesen verse efectivamente reflejados en nuestra legislación a la brevedad posible dada la gravedad de los efectos que implica la pérdida sustantiva de los componentes biológicos que dan vida a los ecosistemas nacionales.

Uno de estos tantos e importantes compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, es el denominado “Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020”, que forma parte del Convenio de Biodiversidad Biológica de Río de Janeiro 1992, el que estableció diversas metas para el año 2020, entre las cuales podemos destacar aquellas que fijan porcentajes mínimos de conservación mediante el establecimiento de sistemas nacionales de áreas protegidas, priorizando la declaración de las mismas en aquellas zonas que posean especial importancia para la biodiversidad y los servicios eco sistémicos,

⁴³Ley N° 20.417, artículo 8° transitorio inciso primero: Dentro del plazo de un año desde la publicación de esta ley, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional uno o más proyectos de ley por medio de los cuales se cree el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, y se transforme la Corporación Nacional Forestal en un servicio público descentralizado.

logrando una representatividad equitativa que asegure una protección funcional y compatible con otras medidas de conservación⁴⁴.

Cabe mencionar además que nuestro país el año 2005 fue objeto del Informe de Evaluaciones de Desempeño Ambiental llevado a cabo por la OCDE, el que y según señala el Mensaje N°161-362 del actual Proyecto de Ley en trámite, estableció como recomendación más importante en el ámbito de biodiversidad, la necesidad de contar con una institucionalidad pública en la materia, constituida al amparo de una legislación sólida que asegure la responsable protección de la naturaleza. Dicha recomendación es reiterada en la segunda evaluación de desempeño ambiental para Chile correspondiente al período 2005-2015, publicada el día 21 de Julio de 2016, la cual llamó al poder legislativo a aprobar el proyecto de ley, acelerar su implementación y conjuntamente asegurar la disponibilidad de recursos financieros y humanos imprescindibles para el adecuado cumplimiento de su mandato⁴⁵.

Esta urgencia de contar con una ley de protección de la biodiversidad no es mero capricho de la OCDE o de organizaciones conservacionistas, sino que responde básicamente a una historia de desregulación arrastrada por años que ha provocado problemas como el desequilibrio en la representatividad de las áreas protegidas (principal instrumento de gestión en materia de biodiversidad), las cuales si bien en su conjunto abarcan cerca 30 millones de hectáreas distribuidas en un total de 157 unidades de protección en diversos tipos de ecosistemas, el 80% del total de las mismas corresponden únicamente a ecosistemas terrestres, mientras que un 14% corresponde a ambientes costeros, costeros marinos, intermareales y marinos, quedando tan solo un 5% de unidades que albergan humedales⁴⁶. Este desbalance se da también respecto de la distribución territorial de las áreas protegidas a lo largo del país, toda vez que *“la mayor parte de la superficie protegida se concentra en la zona sur y austral del país, a pesar de que las zonas centro y norte*

⁴⁴Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020. Disponible en la dirección: <http://www.cbd.int/doc/strategic-plan/2011-2020/Aichi-Targets-ES.pdf>

⁴⁵ MMA » Segunda Evaluación de Desempeño Ambiental de la OCDE destaca avances de Chile en fortalecimiento de la institucionalidad ambiental. (2016). Portal.mma.gob.cl. Obtenido el 18 de octubre de 2016, desde <http://portal.mma.gob.cl/segunda-evaluacion-de-desempeno-ambiental-de-la-ocde-destaca-avances-de-chile-en-fortalecimiento-de-la-institucionalidad-ambiental/>

⁴⁶Mensaje Proyecto de Ley Boletín 9404-12 (2014), pp. 8-9.

*presentan mayor diversidad biológica y endemismo, siendo además zonas calificadas como hotspot tanto por su biodiversidad como por las amenazas a su conservación a nivel mundial*⁴⁷.

No bastando lo anterior, *“la actual institucionalidad que protege la biodiversidad presenta problemas tales como la carencia de un sistema integrado de regulación, clasificación y administración de áreas sujetas a protección oficial; en tanto que fuera de las áreas protegidas existe preeminencia de criterios de fomento y productividad frente a criterios de conservación”*.⁴⁸ Asimismo, los componentes de la biodiversidad han sido regulados desde sus inicios bajo un criterio separatista, por lo que la tutela de los mismos no se encuentra bajo el alero de un solo organismo, sino que de varios servicios y ministerios del Estado los que guían su actuar según los intereses sectoriales que representen a cada uno y en ausencia de criterios comunes de acción, generándose así un permanentemente roce de competencias entre los mismos.

En este contexto es que surge la iniciativa del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, el cual no ha estado exento de dificultades durante su tramitación. En efecto, el actual Proyecto de Ley en trámite (Boletín 9404-12), cuya firma fue anunciada por el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet el día 5 de junio del año 2014, ingresando finalmente al Congreso el día 18 de junio del mismo año, vino a reemplazar el anterior proyecto (Boletín 7487-12), que fue presentado durante el primer gobierno del Presidente Sebastián Piñera y que no logró llegar a buen puerto tras dos años de estancada tramitación en el Congreso, por considerarse entre otros aspectos que no cumplió con su objetivo principal: El de proteger la diversidad biológica⁴⁹, tal como lo señalara el ex Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, don Rafael Asenjo en su momento :

⁴⁷ GEF-PNUD-Gobierno de Chile, Ministerio del Medio Ambiente, (2011). La situación jurídica de las actuales áreas protegidas de Chile (p. 14). Santiago de Chile: Andros Impresores.

⁴⁸ Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 5.

⁴⁹República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 7487-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, artículo 1°.

“La ley debía ser, en su origen, una ley que regulara la biodiversidad en Chile y que, al final, definiera las características de un servicio encargado de hacer operativa la protección de dicha biodiversidad. Sin embargo, el proyecto efectúa precisamente lo contrario, regula al Servicio de Biodiversidad, dejando de lado lo primordial, la Biodiversidad”⁵⁰.

El actual Proyecto de Ley, fue aprobado en general y se encuentra en primer trámite constitucional, postulando la creación de 121 artículos permanentes y 11 transitorios, y como señalamos anteriormente, viene a completar un vacío legislativo e institucional importantísimo en materia de protección de la biodiversidad, lo que lo transforma en una iniciativa positiva que terminaría con la dispersión normativa de competencias relativas a biodiversidad, por lo que su aprobación se ha vuelto una prioridad legislativa a nivel nacional.

“Por tanto, si el proyecto es capaz de asumir funciones que ahora desempeñan otras instituciones, o elabora buenos mecanismos de coordinación con todo este entramado institucional, podría representar avances significativos en la preservación y conservación de la biodiversidad”⁵¹. Por otra parte, la aprobación de este proyecto permitiría a nuestro país ponerse a tono en el cumplimiento de los compromisos internacionales relativos a la protección de la naturaleza y a la vez otorgaría por fin un marco normativo claro para la conservación de la flora y fauna en el territorio nacional.

2. Aspectos Generales del Proyecto.

2.1. Objeto del Proyecto.

La definición de un Proyecto de Ley que establezca un Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas resulta clave para la gestión de la conservación de la diversidad biológica de nuestro país, así como también para la preservación de las áreas protegidas, los

⁵⁰Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, (2012). Análisis del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 7487-12). (p.11). Santiago.

⁵¹Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 6.

ecosistemas y por último las especies y genes que en ellos habitan. Sin embargo, para que dicha conservación sea efectiva en la realidad, lo primero es fijar un objeto legal concreto que guíe las medidas a realizar y que por supuesto sea coherente con el cuerpo y extensión total del proyecto.

El actual Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas se estructura en base al siguiente objetivo: *“la conservación de la diversidad biológica del país, a través de la preservación, restauración y uso sustentable de las especies y ecosistemas, con énfasis en aquellos de alto valor ambiental o que, por su condición de amenaza o degradación, requieren de medidas para su conservación”*⁵². Para poder llevar a cabo dicho objetivo, el texto propuesto postula una serie de principios y definiciones de conceptos, los que se inspiran en diversos criterios establecidos en Convenios Internacionales, como lo son la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 en el caso de los primeros, y respecto de los segundos destacan aquellos conceptos establecidos por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), así como también los establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

El mencionado objetivo no se agota únicamente en el establecimiento de definiciones y principios, sino que además pretende ser abordado mediante la creación de una institucionalidad dedicada específicamente a la conservación de la biodiversidad: el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), y de la mano, vendrá la creación de un mejorado Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP). A su vez, el Proyecto propone la regulación de diversos instrumentos de gestión y protección de la biodiversidad, de los cuales se espera como mínimo que vayan acompañados de un completo y eficiente sistema de fiscalización como forma de garantizar su cumplimiento y eficacia. Por último, para alcanzar el objetivo planteado, así como también en pos de la coherencia legislativa, el proyecto en análisis contempla el hecho de que todos aquellos cuerpos legales que actualmente se encuentren regulando la protección de la biodiversidad y áreas protegidas sean modificados en los aspectos necesarios para que las nuevas competencias y facultades del SBAP puedan ser compatibles con los mismos.

⁵²República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 9404-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, artículo 1°.

2.2. Principios inspiradores del Proyecto.

Todo sistema jurídico debe contener una guía para su ejecución. Dicha guía corresponderá a los *principios de derecho*⁵³ que inspirarán su construcción y estructuración, los cuales servirán además para interpretar las normas que lo componen, ya sea cuando exista conflicto entre una y otra, o cuando no exista norma adecuada para la resolución del caso concreto. Siguiendo esta directriz, el Proyecto de Ley en estudio busca consagrar una serie de principios a los que deberán sujetarse las distintas políticas, planes y programas que pretendan ejecutarse en virtud del mismo⁵⁴. Tales principios inspiradores de la acción del Estado en materia de biodiversidad a través de las funciones que ejecutará el Servicio de Biodiversidad, son los siguientes: **Principio de Coordinación, de Jerarquía, Participativo, de Precaución, de Prevención, de Responsabilidad, de Sustentabilidad, de Transparencia y de Valoración de los Servicios Ecosistémicos**. A esta lista podemos sumar aquellos consagrados indirectamente como principios en el artículo 1° del Proyecto, en el cual se hace alusión a su objeto. Dichos principios corresponden al de **Conservación** de la biodiversidad y al de **Preservación** de la misma. Estos dos últimos principios enunciados junto con el de Valoración de Servicios Ecosistémicos, fueron agregados en el nuevo proyecto del año 2014, ya que no estaban considerados dentro de los del proyecto presentado por la anterior administración, lo que representa un importante avance, tanto con respecto a la situación actual como al anterior proyecto presentado.

El detalle y definición de cada principio lo podemos encontrar en el artículo 2° del Proyecto de Ley. No ahondaremos en esta oportunidad en cada uno de ellos, ya que escapa al objeto de nuestro análisis, pero de todas formas cabe destacar positivamente el hecho de que el actual proyecto haya agregado nuevos principios no contemplados anteriormente en la legislación ambiental. Al mismo tiempo, cabe dejar constancia de que el solo hecho que un principio sea enunciado dentro de las disposiciones generales de una ley no basta, sino que resulta esencial que cada uno de ellos se encuentre operativo en su articulado. A raíz

⁵³Según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE, 23ª edición), un Principio de Derecho corresponde a; “una norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”.

⁵⁴Mensaje Proyecto de Ley Boletín 9404-12 (2014), p.14.

de esto y tan solo a modo ejemplificador, podemos señalar que principios como el de participación o servicios ecosistémicos, pese a ser enunciados y definidos en el texto propuesto, se encuentran prácticamente ausentes en el resto del texto legal. “*En participación, por ejemplo, no se incluye si quiera una consulta al alcalde o consejo municipal por la creación de AP.*”⁵⁵ En este sentido, el proyecto perdería coherencia y consistencia si pretende establecer principios que en la práctica no recibirán aplicación alguna.

2.2. Principales contenidos del Proyecto de Ley.

Como forma de dar a conocer la estructura general del Proyecto de Ley, se ha hecho una selección de sus principales contenidos, los cuales se dividen en un listado de 17 puntos, todos relacionados entre sí y que siguen el mismo orden normativo propuesto por el texto legal, a saber:

1. Su objeto es lograr la conservación de la diversidad biológica del país, por medio de la preservación, restauración y uso sustentable de las especies y ecosistemas.
2. Establece 9 principios que estructuran el marco normativo y que corresponden a los siguientes: *coordinación, jerarquía, participación, precaución, prevención, responsabilidad, sustentabilidad, transparencia y valoración de los servicios ecosistémicos*. Además, suma 19 definiciones de conceptos referidas en su mayoría a las distintas categorías de hábitats a proteger.
3. Contempla la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.
4. Destacan dentro de las funciones y atribuciones del Servicio, la administración del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, fomentar la creación de las mismas, elaborar y velar por el cumplimiento de los planes de manejo en las áreas protegidas tanto públicas como privadas, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de concesiones, implementar redes de monitoreo para el conocimiento del estado de la conservación de la biodiversidad del país, administrar el Fondo Nacional de la Biodiversidad, entre muchas otras.

⁵⁵*Votaciones Ambientales*. (2016). *Votacionesambientales.uc.cl*. Fecha de acceso: 20 Julio de 2016, obtenido de <http://votacionesambientales.uc.cl/index.php>.

5. Se crea un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, el cual tiene tres objetivos; asegurar la conservación de una muestra representativa de la biodiversidad del país, mejorar la representatividad de los ecosistemas terrestres, acuáticos continentales y marinos, especies y variedades y por último fomentar la integración de los servicios ecosistémicos de las áreas protegidas en las estrategias de desarrollo nacional, regional y local.

6. Se establecen 9 categorías de protección de áreas protegidas, entre las que encontramos; *reservas de región virgen, parque marino, parque nacional, monumento natural, reserva marina, reserva nacional, santuario de la naturaleza, área marina y costera protegida de múltiples usos y humedales de importancia internacional o sitio Ramsar.*

7. Respecto a la creación de las áreas protegidas del Estado se señala que éstas se crearán mediante Decreto Supremo del Ministerio del Medio Ambiente, el que deberá cumplir con una serie de requisitos. La administración de las áreas protegidas del Estado queda bajo el alero del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Además, en esta materia se detallan los planes de manejo, el régimen al que quedarán sometidos los guardaparques y la pertinente regulación de concesiones y permisos dentro de las áreas protegidas del Estado, en la cual tendrá participación un Comité Técnico de carácter consultivo.

8. Se regula el establecimiento de Áreas Protegidas de propiedad privada, las que se iniciarán mediante un sistema a solicitud voluntaria del interesado y cuya creación quedará sujeta a la dictación de un Decreto Supremo del Ministerio del Medio Ambiente cuya vigencia no podrá ser inferior a 30 años.

9. Se establecen diversas reglas comunes para las áreas silvestres protegidas, sean del Estado o de particulares.

10. Se contempla una serie de instrumentos de conservación de la biodiversidad de ecosistemas, de ecosistemas amenazados y de especies entre otros. Define además los sistemas de monitoreo y plataformas de información y diversos instrumentos económicos de conservación de la biodiversidad, además de crear el Fondo Nacional de la Biodiversidad, cuya finalidad es financiar, principalmente, programas de conservación fuera de las áreas protegidas, incentivando las actividades de uso sustentable de la biodiversidad, la investigación, la restauración de ecosistemas degradados, la recuperación de especies y la educación.

11. Se crean normas de fiscalización, las que establecen que corresponderá al Servicio fiscalizar el cumplimiento de las normas referidas a la conservación de la diversidad biológica del país, de conformidad a las competencias que se establecen en la ley.

12. Se tipifican las infracciones y determinan diversas sanciones, las que podrán aplicarse ya sea por infracciones cometidas al interior o fuera de áreas protegidas. Las infracciones serán sancionadas según correspondan a gravísimas, graves o leves.

13. Se establece un procedimiento sancionador, el que puede iniciarse por el solo mérito de un acta de fiscalización o por denuncia, cuenta con la aplicación de medidas provisionales y define los medios de prueba que podrán ser utilizados. Se establece además un régimen de impugnación contra las sanciones del Director Regional, a través de la interposición de un recurso jerárquico ante el Director Nacional, resolución que a su vez puede ser reclamada ante el Tribunal Ambiental competente.

14. Hito sumamente relevante de este proyecto es el hecho de que se deroga la ley que creó el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado – SNASPE (Nº 18.362)⁵⁶ y por último;

15. Con la intención de hacer concordar la nueva legislación con la ya existente se modifican los siguientes textos legales⁵⁷:

⁵⁶ El proyecto de ley traspasa al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas la administración de las áreas protegidas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, esto es, parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales. Se mantienen las atribuciones de CONAF respecto de las reservas forestales. Sin perjuicio que ellas puedan ser reclasificadas en alguna de las categorías del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

⁵⁷ Las principales modificaciones van ligadas al traspaso de funciones desde organismos con competencias actuales en materia de gestión de biodiversidad al SBAP, como por ejemplo:

- Corporación Nacional Forestal: El proyecto de ley traspasa al SBAP la administración de las áreas protegidas que forman parte del SNASPE, esto es, parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales. Se mantienen las atribuciones de CONAF respecto de las reservas forestales. Sin perjuicio que ellas puedan ser reclasificadas en alguna de las categorías del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.
- Ministerio de Economía, Fomento y Turismo: Se deroga el sistema de concesiones de turismo en áreas protegidas. El proyecto regula un sistema único de concesiones, a cargo del MMA y con fiscalización del SBAP. Se constituye un Comité Técnico consultivo, formado por representantes del MMA, Subsecretaría de Turismo, Ministerio de Bienes Nacionales y Ministerio de Agricultura.
- Servicio Nacional de Pesca: Se traspasa la administración de los parques marinos y las reservas marinas (Ley General de Pesca y Acuicultura). En este marco, se le otorga al SBAP la atribución para fiscalizar la ley en AP, sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados. Se crea la categoría de reservas de interés pesquero, bajo la administración del Servicio Nacional de Pesca.

- Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Decreto ley Nº 1.939, de 1977 que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.
- Ley General Nº 18.892 de Pesca y Acuicultura.
- Ley Nº 20.256 sobre Pesca Recreativa.
- Ley Nº 4.601 sobre Caza.
- Ley Nº 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.
- Ley de bosques, contenida en el DS Nº 4.636, de 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización.
- Ley Nº 17.288 sobre Monumentos Nacionales.
- Ley Nº 20.423 del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo.

3. La nueva institucionalidad propuesta en materia de biodiversidad.

3.1. Contexto actual: La Institucionalidad que protege la biodiversidad en nuestro país.

Actualmente nuestro país carece de una institucionalidad pública clara para la efectiva protección de la biodiversidad, problemática que tiene su origen en una regulación no coordinada de sus componentes, dado que estos se encuentran diseminados en un sinnúmero de leyes y normas, las cuales por lo demás no siempre se encuentran relacionadas entre sí.

Cada arista de nuestra diversidad biológica se encuentra bajo la tutela de diversos órganos administrativos, los que ante la ausencia de criterios comunes de coordinación actúan siguiendo sus propios intereses sectoriales, lo que en la práctica provoca discrepancias y

-
- Servicio Agrícola y Ganadero: Autorizar la caza o captura en áreas protegidas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y fiscalizar el cumplimiento de la Ley sobre Caza en ecosistemas amenazados y degradados. El SBAP no requerirá autorización del SAG para la caza o captura de especies exóticas, en áreas protegidas.
 - Ministerio de Bienes Nacionales: Se traspa al SBAP la atribución de otorgar concesiones de turismo al interior de las áreas protegidas (Título V de la Ley que establece el Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo).

superposición de competencias entre unos y otros⁵⁸, generándose así una elevación en los costos de protección y al mismo tiempo una vulneración del objeto mismo que se pretende resguardar.⁵⁹

Las competencias de conservación de la biodiversidad en lo que respecta al ámbito de los recursos naturales, hoy recaen principalmente en cuatro organismos dependientes de diferentes ministerios, el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), la Corporación Nacional Forestal (CONAF), ambos dependientes del Ministerio de Agricultura, el Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA) que depende del Ministerio de Economía y la Dirección General de Aguas, dependiente del Ministerio de Obras Públicas. A estas entidades podemos sumar el Ministerio del Medio Ambiente y organismos estatales como el Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias (INIA), la Dirección del Territorio Marítimo (DIRECTEMAR), entre otros.

A continuación se presenta una breve exposición de los roles que juegan actualmente las principales instituciones señaladas en cuanto a conservación de la diversidad biológica nacional y de los recursos naturales:

3.1.1. Servicio Agrícola y Ganadero⁶⁰: El SAG es el organismo oficial del Estado de Chile, encargado de apoyar el desarrollo de la agricultura, los bosques y la ganadería, a través de la protección y mejoramiento de la salud de los animales y vegetales.⁶¹ En lo que concierne a recursos naturales, esta entidad se encarga de supervisar el cumplimiento de la

⁵⁸ Ejemplo clásico de ello son las competencias sobre recursos naturales entre CONAF, el SAG, la DGA y SERNAPESCA. Mientras la primera tiene a su cargo todo el espectro de Áreas Silvestres Protegidas y el recurso forestal, el segundo tiene competencia amplia sobre protección del recurso faunístico y el suelo, en tanto, la tercera es la encargada de velar por los recursos hídricos terrestres que incluyen muchas veces complejos ecosistemas y finalmente el último de los servicios que tiene competencia sobre la conservación de los recursos hidrobiológicos, lo que presenta problemas cuando se trata de aquellos que se encuentran en territorios terrestres en los que actúa uno o más de los anteriores servicios.

⁵⁹ Presentación del profesor Luis Cordero Vega, p.113. Primer Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales recaído en el proyecto de ley.

⁶⁰ Las normas que rigen a este organismo se establecen en la Ley Orgánica del SAG N° 18.755 del año 1989, modificada por la Ley N° 19.283 de 1994.

⁶¹ <http://www.sag.cl/>

Convención CITES, la Ley de Caza, el uso del suelo y aguas, debiendo controlar además la introducción de especies y los criaderos para cotos de caza.

3.1.2. Corporación Nacional Forestal⁶²: La CONAF es una entidad de derecho privado cuya principal tarea es administrar la política forestal de Chile y fomentar el desarrollo del sector, su misión es contribuir al manejo sustentable de los bosques nativos, formaciones xerofíticas y plantaciones forestales mediante el fomento, fiscalización de la legislación forestal-ambiental y la protección de los recursos vegetacionales, así como la conservación de la diversidad biológica a través de la administración del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas.⁶³

Con el pasar de los años, a este organismo se le han ido atribuyendo diversas competencias útiles para llevar a cabo la conservación y protección de ecosistemas forestales, las que se encuentran establecidas esencialmente en la Ley de Bosques, la Ley de Bosque Nativo y en el Decreto Ley N° 701. Sin embargo, una de sus facultades más relevantes y a la vez cuestionadas para llevar a cabo el objetivo de protección de la diversidad biológica, es sin duda la administración del SNASPE. Este sistema pretendió ser instituido legalmente el año 1984, mediante la Ley N°18.362 del Ministerio de Agricultura, pero la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal quedó supeditada a la promulgación de la Ley N° 18.348, del mismo año, que crearía la “Corporación Nacional Forestal y de Protección de los Recursos Naturales Renovables” con la calidad de servicio público descentralizado en reemplazo de la CONAF. El problema es que esta ley nunca se promulgó, porque su artículo 19 dispuso que esto se haría “el día en que su publicara en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disolviera la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal”, decreto que nunca se dictó, por lo que el SNASPE tampoco se encuentra legalmente vigente⁶⁴.

⁶² La CONAF nace a partir de la modificación de los estatutos de la antigua Corporación de Reforestación (CODEFF) (DS 19/04/1973; publicado en el Diario Oficial el 10 de mayo de 1973).

⁶³ <http://www.conaf.cl/>

⁶⁴ Basic, Z & Arriagada, R. (2012). Conservación de la biodiversidad y áreas protegidas en Chile. Revista Agronomía y Forestal UC, 46, 20.

Debido a esta situación, las áreas protegidas que lo componen encuentran amparo legal en sistemas jurídicos ya bastante alejados de la realidad ambiental actual, como lo son la Ley de Bosques del año 1931, el D.L.N° 1.939 de 1977 sobre adquisición y administración de bienes del Estado y la Convención de Washington de 1940. Por este motivo, y a pesar del crecimiento sustantivo de áreas protegidas creadas y establecidas dentro del territorio nacional, resulta difícil que este sistema de gestión sobre el que se basa parte importante de la institucionalidad para la conservación de la biodiversidad nacional, pueda responder en su totalidad a las demandas actuales que se requieren para la eficiente protección de la misma, sobre todo si la CONAF para llevar a cabo sus planes de acción aun obedece en ciertos aspectos a criterios económico-forestales de corte más bien productivista que de desarrollo sustentable.

3.1.3. Servicio Nacional de Pesca⁶⁵: El SERNAPESCA es el servicio público encargado de contribuir a la sustentabilidad del sector pesquero y de proteger los recursos hidrobiológicos a través de una fiscalización integral y una gestión sanitaria que influya en el comportamiento sectorial, promoviendo así el cumplimiento de la norma⁶⁶. Básicamente este organismo se encarga de la protección de los recursos marinos, de la administración de las Áreas Marinas protegidas y de supervigilar la Ley de Pesca.

3.1.4. Dirección General de Aguas⁶⁷: La DGA es el organismo del Estado encargado de promover la gestión, administración y uso del recurso hídrico en base a criterios de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente.⁶⁸

Su rol es clave en materia de biodiversidad hídrica considerando que tiene a su cargo todas las funciones y atribuciones que le confiere el Código de Aguas.

3.1.5. Ministerio del Medio Ambiente: Este órgano actualmente tiene competencia preferente sobre la biodiversidad, pero jugando un rol más bien directivo que operacional,

⁶⁵ Las normas que rigen a este servicio se establecen en la Ley General de Pesca y Acuicultura N° 18.892.

⁶⁶ <http://www.sernapesca.cl/>

⁶⁷ Sus funciones están indicadas en el D.F.L. N° 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas y referidas a las que le confiere el Código de Aguas en el D.F.L. N° 1.122 de 1981 y el D.F.L. MOP N° 1.115 de 1969.

⁶⁸ <http://www.dga.cl/>

función que vienen a cumplir entre otros, los organismos analizados precedentemente. La Ley 20.417 pretendió radicar todas las competencias ambientales bajo el alero de este Ministerio, en virtud del mandato de proponer, diseñar y aplicar las políticas, planes y programas en materia ambiental, así como velar por la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo además el desarrollo sustentable y la integridad de la política ambiental y su regulación normativa.⁶⁹

Como veremos a continuación se espera que con la creación del SBAP bajo la supervisión del Ministerio del Medio Ambiente, todas las competencias operacionales y ejecutivas en materia de biodiversidad queden radicadas especialmente en este órgano para terminar con el paralelismo de funciones en la materia, por ejemplo si se logra que este servicio administre el nuevo sistema de áreas protegidas, por fin podría reemplazarse a la CONAF en dichas atribuciones, para que esta se concentre únicamente en sus funciones forestales, en lo que respecta a parques y reservas marinas se absorberían las funciones del SERNAPESCA y en el deber de administrar listados y clasificaciones de especies, gestión de planes de recuperación y conservación de las mismas se podrían absorber también aquellas competencias que actualmente posee el SAG para llevarlas a cabo.

3.2. La Institucionalidad propuesta: El Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

La institucionalidad propuesta por el Proyecto de Ley tiene como principal componente al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, el cual pretende constituirse como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, y que estará sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente, el cual además se desconcentrará territorialmente a través de Direcciones Regionales, quedando afecto al Sistema de Alta Dirección Pública.⁷⁰

⁶⁹ Artículo 69 de la Ley N° 20.417.

⁷⁰ República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 9404-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, artículo 4°.

Todas sus actuaciones quedarán sujetas al objeto de asegurar la conservación de la biodiversidad en el territorio nacional⁷¹, las que no sólo se restringirán a la gestión en áreas protegidas. A continuación, se ha querido señalar algunas de las principales funciones y atribuciones con las que contará este Servicio y que en el fondo dan sentido a su creación⁷².

- Administrar las áreas protegidas del Estado y supervisar la administración de las áreas protegidas de propiedad privada;
- Fomentar la creación de áreas protegidas tanto públicas como privadas.
- Elaborar planes de manejo de las áreas protegidas y velar por el cumplimiento de los mismos;
- Otorgar concesiones y permisos de uso al interior de las Áreas Protegidas del Estado.
- Fiscalizar el cumplimiento de las normas referidas a la conservación de la diversidad biológica del país, de conformidad a las competencias que se establecen en la ley. Fiscalizar el cumplimiento de los planes de manejo de las AP del Estado, las obligaciones establecidas en los contratos de concesión y los permisos otorgados en las mismas y todas las actividades que se desarrollen en éstas. Asimismo fiscalizará los planes de recuperación, conservación o gestión de especies clasificadas en categoría de amenaza y los planes y medidas de prevención;
- Ejecutar las políticas, planes y programas dictados en conformidad al art.70 letra i) de la Ley 19.300;
- Elaborar, ejecutar estudios y programas de investigación, implementar redes de monitoreo, así como también informes, e inventarios de especies y ecosistemas, que permitan mantener un conocimiento actualizado del estado de la biodiversidad a nivel nacional;
- Administrar el Fondo Nacional de la Biodiversidad

⁷¹República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 9404-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, artículo 5°.

⁷²República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 9404-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, artículo 6°.

En cuanto a la administración del Servicio de Biodiversidad, existirá un Director Nacional al mando, quien tendrá el cargo de Jefe Superior y la representación legal del Servicio. Las funciones de administración se desconcentrarán territorialmente a través de Direcciones Regionales del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. La organización interna quedará sujeta a un reglamento que deberá ser expedido por el Ministerio del Medio Ambiente, y que determinará las funciones que correspondan a cada una de las unidades que compongan el Servicio.

Respecto a cómo se financiará el Servicio, el mensaje señala cinco formas de obtención de recursos, entre las que podemos destacar aquellos recursos que se le asignen anualmente en la Ley de Presupuestos, los aportes de la cooperación internacional, ingresos propios obtenidos mediante el cobro por el acceso a las áreas protegidas del Estado, entre otros.

Como ya enunciábamos en un principio, el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas se constituye como el elemento o razón de ser del Proyecto de Ley, pero dicho órgano no actuará solo. Algunas de sus actuaciones serán aprobadas por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad⁷³⁷⁴, especialmente en lo que refiere a la creación de áreas protegidas y su consecuente modificación o desafectación según corresponda. Por otra parte aparece la figura del Comité Técnico, el que tiene un carácter consultivo y naturaleza interministerial, cuyas competencias son otorgadas con la finalidad de apoyar el proceso de otorgamiento de concesiones, a lo que se suman funciones como asesoramiento sobre aquellas áreas protegidas que el Servicio considere prioritarias para ser concesionadas como proyectos de investigación y educación, o la formulación de opiniones sobre propuestas de priorización de áreas protegidas, entre otras.

⁷³El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad fue creado en la reforma a la institucionalidad ambiental y vino a reemplazar al Consejo Directivo de la CONAMA, es presidido por el Ministro del Medio Ambiente e integrado por los Ministros de Hacienda; de Salud; de Agricultura, Fomento y Turismo; de Energía; de Economía; de Obras Públicas; de Vivienda y Urbanismo; de Minería, y de Planificación de Transportes y Telecomunicaciones. A su vez, el Comité Técnico será presidido por el Director Nacional del Servicio e integrado además por los representantes de los Ministerios de Medio Ambiente; de Bienes Nacionales; de Agricultura y de la Subsecretaría de Turismo.

⁷⁴ Existen opiniones encontradas acerca de esta relación funcional establecida entre el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Servicio de Biodiversidad, ya que se cree que escondería una debilidad institucional de origen que puede poner en riesgo la protección de la biodiversidad en general y las áreas protegidas en particular.

En síntesis, el esquema estructural de la nueva institucionalidad propuesta por el Proyecto de Ley en materia de protección de la biodiversidad, nos presenta básicamente la incorporación de un nuevo servicio especializado de naturaleza administrativa que viene a completar el proceso de renovación de la institucionalidad ambiental chilena, cuya misión esencial será la conservación y recuperación de los ecosistemas y especies que conforman el patrimonio natural de nuestro país. Dada la transversalidad de las materias que se involucran en esta misión, el mencionado Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas tendrá como principal desafío el lograr la coordinación institucional adecuada entre las competencias que le serán entregadas y aquellas que hoy tienen los diversos servicios que cumplen funciones ya sea de administración y/o fiscalización de instrumentos cuyo objetivo también es la protección y conservación de la diversidad biológica nacional, ya que sólo así cobrará sentido su creación.

4. El modelo de fiscalización propuesto por el Proyecto de Ley.

Hoy nuestro país busca establecer un modelo efectivo y eficiente que cumpla con las expectativas de protección de la diversidad biológica nacional, para lograr dicho objetivo es capital contar con un modelo de fiscalización coherente con la regulación creada para el efecto, dado que *“una estructura institucional sólida y confiable genera un mayor nivel de cumplimiento que aquellas institucionalidades débiles caracterizadas por una escasa aplicación de la ley”*⁷⁵.

En base a los antecedentes entregados en el capítulo anterior hemos podido inferir que el modelo normativo e institucional chileno en materia de biodiversidad es bastante débil, lo que tiene origen en diversos motivos, pero para el caso, el que nos preocupa es aquel que dice relación con la dispersión y superposición de potestades existente entre los diferentes órganos administrativos sectoriales para la ejecución de labores relacionadas con el control, seguimiento, inspección y sanción del componente biodiversidad, *en términos concretos, la duplicidad de competencias implica que frente a la comisión de una infracción, habrá dos o más procedimientos sancionatorios diferentes, diferentes clases de medidas provisionales y diferentes clases de sanciones, sin que exista ningún criterio legal que defina cuando se*

⁷⁵ Herrera Rubio, J. (2010). Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. p.24

debe aplicar un procedimiento y cuando otro^{76*}. Esta arista resulta sumamente problemática dado que de la correcta aplicación de estas facultades dependerá la eficacia de toda la regulación en materia de biodiversidad.

Con la esperanza de mejorar la situación actual recién expuesta, el Proyecto de Ley propone un nuevo modelo de fiscalización para la protección de la biodiversidad paralelo al actualmente existente en materia ambiental, el cual analizaremos a continuación para luego contrastarlo con el actual modelo de fiscalización ambiental regido por la Superintendencia del Medio Ambiente.

El Proyecto regula las normas relativas a fiscalización, infracciones y sanciones en su Título V, artículos 86 y siguientes. El primer artículo de este Título, se encarga de establecer que el órgano encargado de dar seguimiento a la normativa referida a la conservación de la diversidad biológica del país será el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. El alcance de dicha potestad se verá limitada específicamente a la fiscalización del cumplimiento de los planes de manejo de las áreas protegidas del Estado, de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión, de los permisos otorgados en las áreas protegidas, y en general de todas las actividades que se desarrollen en las mismas, a lo que se podrá sumar la ejecución de labores encomendadas por la SMA en virtud de lo señalado en el artículo segundo del Título II de la ley 20.417 y las labores de fiscalización respecto de otras leyes relacionadas, como la Ley de Pesca Recreativa, la Ley de Caza o la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal tanto en áreas protegidas como en sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y/o degradados⁷⁷. Así también, se le otorga a este nuevo Servicio la potestad de fiscalización de normas sobre protección, rescate, rehabilitación, observación y monitoreo de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas.⁷⁸

⁷⁶ Ibid., p.108.

⁷⁷ Los sitios prioritarios para la conservación, los ecosistemas degradados y ecosistemas amenazados forman parte del conjunto de instrumentos previstos por el proyecto de ley para la conservación de la biodiversidad.

⁷⁸ **Artículo 6°.Funciones y atribuciones.** Serán funciones y atribuciones del Servicio: s) Aplicar y fiscalizar normas sobre protección, rescate, rehabilitación, reinserción, observación y monitoreo de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas; t) Fiscalizar la aplicación de la Ley General de Pesca y Acuicultura en las áreas protegidas, sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados; u) Participar en la definición de criterios para el otorgamiento de autorizaciones de repoblación o siembra; pronunciarse respecto

Básicamente la iniciativa legal pretende instaurar un sistema de control y seguimiento basado en la fiscalización de instrumentos de gestión y conservación de la biodiversidad, en el cual las áreas protegidas jugarán un rol protagónico en comparación con el resto de los instrumentos previstos por el texto.⁷⁹

En línea con lo anterior, el proyecto establece dos regímenes de infracciones y sanciones, uno dentro de las áreas protegidas, donde la fiscalización de las áreas pertenecientes al Estado será realizada por los guardaparques miembros del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y en el caso de las áreas de propiedad privada, por defecto será realizado por el SBAP⁸⁰, y otro fuera de las áreas protegidas, en donde la fiscalización también será llevada a cabo por el SBAP y en coordinación con los órganos sectoriales competentes, a través del establecimiento de convenios de encomendación de acciones.

Cabe destacar que a diferencia del primer proyecto presentado, en ambos casos las sanciones serán aplicadas por el SBAP y no por Juzgados de Policía Local u órganos sectoriales, esto en respuesta a las diversas críticas que recibió el descartado texto legal, motivo por el cual finalmente se decidió establecer un procedimiento de sanción único y especializado.⁸¹

de la identificación de las áreas susceptibles de ser declaradas preferenciales, y fiscalizar la aplicación de la Ley sobre Pesca Recreativa en las áreas protegidas, sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados; v) Autorizar la caza o captura en áreas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y fiscalizar el cumplimiento de la Ley sobre Caza en tales áreas y en los sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados; w) Fiscalizar el cumplimiento de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal en las áreas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados, entre otras

⁷⁹ En opinión del Profesor Luis Cordero, entregada en sesión de fecha 14 de Octubre de 2014 ante la Comisión del Medio Ambiente y Bienes Nacionales, en el Proyecto de Ley, el sistema de áreas protegidas se transforma en el principal instrumento de regulación y los demás instrumentos de regulación ambiental que contempla el proyecto son única y exclusivamente enunciaciones de instrumentos, pero no existe una regulación sustantiva que cautele el bien que se quiere proteger.

⁸⁰ **Artículo 59 inciso 2°** La supervisión de dicha gestión y manejo por los administradores privados corresponderá al Servicio.

⁸¹ Una de las grandes críticas que se le hizo al proyecto de ley presentado en el Gobierno del Presidente Piñera fue que no resultaba coherente crear un Servicio especializado en Biodiversidad si es que las competencias sancionatorias de la ley iban a quedar radicadas en órganos sectoriales o en Juzgados de Policía Local que por supuesto carecían de cualquier conocimiento o especialidad en la materia.

4.1. Fiscalización dentro de las Áreas Protegidas.

El artículo 92 establece como infracciones a todas aquellas acciones u omisiones que atenten contra el plan de manejo de un área protegida, ya sea privada o del Estado y a continuación enumera un listado de 22 tipos de infracciones sancionables, excluyendo de las mismas a aquellas conductas que aun estando tipificadas sean autorizadas por el SBAP o se consideren como necesarias para dar cumplimiento al objetivo de protección del plan de manejo de un área protegida, o que se traten de conductas realizadas en aplicación de normativa especial en materia de sanidad vegetal y animal o de prevención y combate de incendios forestales.⁸²

En lo que respecta a las autoridades competentes para fiscalizar la normativa al interior de AP, el proyecto hace una distinción entre áreas protegidas del Estado y áreas protegidas privadas.

4.1.1. Autoridades competentes para fiscalizar en las Áreas Protegidas del Estado.

En este caso, se faculta a los guardaparques pertenecientes al Cuerpo de Guardaparques del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, para ejercer funciones de control de las actividades que se desarrollen al interior de estas áreas y de fiscalización cuando corresponda, siempre y cuando obedezcan al objetivo de velar por el mantenimiento del equipamiento, infraestructura y bienes dentro de las mismas⁸³, en este sentido se pretende que ejerzan especialmente las funciones de controlar y fiscalizar el cumplimiento de normativas de manejo ambientales y de las actividades que se realicen al interior de las AP, así como también que cursen las infracciones que señala la ley.

⁸² **Artículo 92 inciso final:** No se considerará infracción aquella conducta que, no obstante su tipificación en este artículo, sea considerada en el respectivo plan de manejo como necesaria para el cumplimiento del objetivo de protección del área, que cuente con la autorización del Servicio o se trate de una conducta realizada en aplicación de normativa especial en materia de sanidad vegetal y animal y de prevención y combate de incendios forestales.

⁸³ **Artículo 36. Atribuciones y funciones de los guardaparques.** Los guardaparques deberán velar por el mantenimiento del equipamiento, infraestructura y bienes dentro de las áreas protegidas del Estado. Para ello, corresponderá a los guardaparques ejercer funciones de apoyo al proceso de planificación del área protegida, de control de las actividades que se realicen al interior de las áreas, de fiscalización, cuando corresponda, y de extensión hacia la comunidad.

En el ejercicio de sus funciones de fiscalización los guardaparques tendrán la calidad de ministros de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones fijadas por la ley⁸⁴, pero para que ello sea válido, deberán primero cumplir con los requisitos legales que se encuentran enunciados en el artículo 38 del proyecto; contar con licencia de enseñanza media, haberse desempeñado a lo menos por dos años como guardaparque y haber aprobado los cursos de formación y capacitación que disponga el Servicio.

En palabras del Mensaje, la inclusión de los guardaparques en el proyecto ha resultado ser un asunto especialmente sensible respecto del cual no ahondaremos más allá en este apartado, pero cabe señalar que dada la importancia de su labor se comprende la existencia de requisitos que busquen asegurar una formación técnica suficiente para ejercer sus funciones, los cuales deben ir directamente relacionados con el nivel de conocimiento técnico que requieran las infracciones para ser efectivamente fiscalizadas. Por último, el proyecto señala que la capacitación de los mismos quedará a cargo del Servicio dependiendo la disponibilidad presupuestaria⁸⁵.

4.1.2. Autoridades competentes para fiscalizar en las Áreas Protegidas Privadas.

En lo que respecta a la fiscalización al interior de las áreas protegidas privadas, el proyecto no es muy exhaustivo, en búsqueda de respuestas a este asunto nos encontramos con el artículo 6 letras b) y e) relativo a las funciones y atribuciones del SBAP. La primera de estas letras establece el deber del Servicio de supervisar la administración de las áreas protegidas de propiedad privada y la segunda establece el deber de aprobar y velar por el cumplimiento de los planes de manejo en las áreas protegidas privadas. A su vez, el artículo 59 inciso segundo reitera que la supervisión de la gestión y manejo de los administradores privados corresponderá al SBAP, de lo que podemos inferir que las funciones de control y

⁸⁴ **Artículo 87. Ministros de fe.** Los funcionarios que cumplan funciones de fiscalización, tendrán la calidad de ministros de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones a la presente ley, siempre que se constaten en el ejercicio de sus funciones y que consten en la respectiva acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dichos ministros de fe constituirán presunción legal de haberse cometido la infracción.

⁸⁵ **Artículo 39. Formación y capacitación de los guardaparques.** El Servicio contará con programas de formación y capacitación para guardaparques, conforme a las necesidades determinadas por el Servicio y sus disponibilidades presupuestarias.

fiscalización dentro de estas áreas quedarán bajo el alero del Servicio con la posible colaboración de órganos sectoriales⁸⁶.

A partir de lo señalado en dichos artículos, no queda totalmente claro cuáles serán las verdaderas labores y atribuciones que tendrá el Servicio para llevar a cabo la fiscalización al interior de este tipo de áreas protegidas y menos aún la factibilidad de llevarlas a cabo, dado que los funcionarios habilitados para realizarlas, no tendrán presencia permanente en el recinto, como si la tendrán los guardaparques en las áreas protegidas del Estado, lo que dificultaría la posibilidad de supervisar el cumplimiento en el instante en que se comete la infracción, no asegurándose así una protección efectiva de la biodiversidad en virtud de este instrumento de gestión.

4.2. Fiscalización fuera de las Áreas Protegidas.

Este régimen se encuentra regulado en el artículo 93 del Proyecto y alude básicamente a aquellas acciones infractoras de ley que puedan ser cometidas en sitios prioritarios para la conservación, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados. Tipifica 8 posibles infracciones que coinciden con algunas de las señaladas en el artículo 92⁸⁷, y señala además que constituirán infracción, el incumplimiento de las medidas de prevención control y erradicación de especies exóticas. Deja afuera aquellas conductas realizadas en aplicación de normativa especial en materia de sanidad vegetal y animal, de prevención y combate de incendios, o en razón del cumplimiento de legislación sectorial.

⁸⁶ En el Mensaje del Proyecto se señala que además de los funcionarios del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, poseerán la calidad de fiscalizadores de la presente ley el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, Carabineros de Chile, la Armada de Chile y la Policía de Investigaciones, pero estas atribuciones no se verifican en el texto del proyecto por lo que serían una mera enunciación sin valor legal.

⁸⁷ Específicamente con aquellas infracciones señaladas en el artículo 92 letras: a) Remover o extraer suelo, hojarasca, humus, turba, arena, ripio, o tierra; b) Intimidar, capturar, extraer, maltratar, herir o dar muerte a ejemplares de la fauna; c) Cortar, arrancar, extraer o mutilar ejemplares de plantas, algas, hongos o líquenes; n) Interrumpir, bloquear, alterar o drenar cuerpos o cursos de agua, así como humedales o depositar elementos extraños en estos; q) Impedir u obstaculizar las labores de fiscalización de los funcionarios habilitados por esta ley para tales funciones; r) Entregar información falsa u ocultar cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir una infracción y s) Impedir deliberadamente la fiscalización, encubriendo una infracción o evitando el ejercicio de las atribuciones de fiscalización de cualquiera de los funcionarios que señala esta ley.

El SBAP quedará a cargo de fiscalizar este tipo de infracciones en virtud de lo establecido en el artículo 86 inciso primero⁸⁸ y podrá suscribir convenios de encomendación de acciones con otros servicios públicos, con la finalidad de realizar actividades de fiscalización, los que deberán señalar las tareas que se deberán realizar, así como la asignación de recursos para llevar a cabo tales labores⁸⁹.

Al igual que los guardaparques, los funcionarios del Servicio que cumplan labores de fiscalización, tendrán la calidad de ministros de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones, siempre que se constaten en un acta de fiscalización estandarizada. Se establece además una presunción legal de haberse cometido la infracción respecto de los hechos que establezcan estos ministros de fe en el acta respectiva.

En general, podemos decir que en lo que respecta al sistema de fiscalización instaurado para las áreas protegidas, el proyecto es bastante acucioso, especialmente en lo relativo a áreas protegidas del Estado, ya que se establece una autoridad sólida para llevar a cabo las labores de control e inspección, la cual además tiene acceso directo al lugar fiscalizable, no así en el caso de las áreas protegidas privadas, pero ya ahondaremos en ese punto. Pero respecto de la fiscalización fuera de las áreas protegidas quedan muchos puntos sin tocar, queda la duda acerca de si será el SBAP capaz de fiscalizar todos estos territorios relevantes para la conservación y si las instancias de coordinación serán realmente de coordinación y no volverán ineficiente la regulación, interrogantes que tocaremos con mayor profundidad al momento de hacer las comparaciones respectivas con el modelo de fiscalización de la SMA.

⁸⁸ **Artículo 86:** Alcance de la fiscalización. Corresponderá al Servicio fiscalizar el cumplimiento de las normas referidas a la conservación de la diversidad biológica del país, de conformidad a las competencias que se establecen en esta ley.

⁸⁹ **Artículo 88. Convenios de encomendación de acciones.** El Servicio podrá suscribir convenios de encomendación de acciones con otros servicios públicos, con la finalidad de realizar actividades de fiscalización. Dichos convenios deberán señalar las tareas que se deberán realizar, así como la asignación de recursos para llevar a cabo tales labores.

4.3. De las Infracciones, Sanciones y el Procedimiento Sancionador propuesto.

Cuando la autoridad encargada de fiscalizar el cumplimiento de los requisitos ambientales impuestos por la normativa vigente, detecta la inobservancia de éstos por parte de los administrados, puede tomar diferentes cursos de acción para instar a aquel que ha infringido la norma a cumplir con lo dispuesto por la ley⁹⁰, en general el curso de acción elegido por la autoridad fiscalizadora chilena ha sido la imposición de sanciones a partir de la ocurrencia de una infracción y como podremos comprobar, el proyecto de ley en estudio no queda ajeno a este criterio. A continuación pasaremos a analizar los preceptos propuestos en materia de infracciones y sanciones, para luego derivar en una breve descripción de los aspectos fundamentales del procedimiento sancionador que se pretende establecer, cabe señalar que un procedimiento de este tipo resulta esencial para que la autoridad ambiental logre alcanzar los objetivos de cumplimiento adecuados, por lo que las expectativas de regulación en este sentido deben ser altas.

4.3.1. Categorías de infracciones.

El artículo 94 del Proyecto categoriza las infracciones en tres tipos, gravísimas, graves y leves, basándose fundamentalmente en tres criterios para definirlas, en primer lugar, el nivel de daño ambiental provocado por la acción u omisión, en segundo lugar la afectación o no de los servicios ecosistémicos que provee una determinada área o territorio protegido y por último, la obstaculización o afectación negativa para el cumplimiento de un determinado plan de manejo.

Según señala el texto propuesto serán consideradas infracciones gravísimas, aquellas que causen daño ambiental irreversible, estableciendo que éste no sea susceptible de reponerse en sus propiedades básicas, también lo serán aquellas acciones u omisiones que hubieren afectado gravemente los servicios ecosistémicos o que impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de un determinado plan de manejo.⁹¹

⁹⁰ Gálvez Valdebenito, P. y Paredes Díaz, P. (2010). Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental. p.17

⁹¹ **Artículo 94 N°1** Constituirán infracciones gravísimas, los hechos actos u omisiones que: a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reponer en sus propiedades básicas; b) Hayan afectado gravemente los servicios ecosistémicos, o c) Impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de determinado plan de manejo.

Asimismo serán infracciones graves, los hechos u omisiones que causen daño ambiental susceptible de reparación, que hayan afectado el área o territorio protegido sin comprometer gravemente sus servicios ecosistémicos y por último que hayan afectado negativamente el cumplimiento de un plan de manejo en un área protegida⁹².

Respecto de las infracciones leves tendrán un carácter residual, dado que se establece que serán aquellos actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan ninguna de las dos infracciones anteriormente expuestas⁹³.

Todas estas infracciones prescribirán en el plazo de cuatro años desde su comisión, el cual se interrumpirá con la notificación al presunto infractor de la formulación de cargos en su contra por los hechos constitutivos de infracción. Se establece además un plazo máximo en que el Servicio podrá aplicar las sanciones correspondientes, el cual corresponde a cinco años desde la fecha que hubiere terminado de cometerse la infracción o que hubiere terminado de ocurrir la omisión sancionada.

4.3.2. Régimen de Sanciones.

Respecto de las sanciones aplicables frente a las posibles infracciones cometidas, el artículo 96 establece que aquellas infracciones más graves podrán ser objeto de multa de hasta 10.000 UTM, desafectación definitiva del área protegida (en los casos de áreas protegidas privadas), revocación de la concesión o permiso correspondiente y prohibición temporal de ingreso a las áreas protegidas de hasta 10 años.

Las infracciones graves, podrán ser sancionadas con multas de hasta 5.000 UTM, desafectación temporal del área protegida privada, suspensión de la concesión o permiso según corresponda y con prohibición temporal de ingreso a las áreas protegidas de hasta dos años.

⁹² **Artículo 94 N°2** Constituirán infracciones graves, los hechos actos u omisiones que: a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reponer en sus propiedades básicas; b) Hayan afectado el área, sin comprometer gravemente los servicios ecosistémicos que esta provee, o c) Afecten negativamente el cumplimiento del plan de manejo de un área protegida.

⁹³ **Artículo 94 N°3** Constituirán infracciones leves, los hechos actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores

Por último, las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 500 UTM.

4.3.3. Procedimiento Sancionador.

El procedimiento sancionador en materia de biodiversidad se encuentra regulado en el párrafo 4° del proyecto, y resulta ser bastante similar al procedimiento sancionatorio establecido en el párrafo 3° de la LOSMA.

En el texto se establecen dos posibles formas de iniciar este procedimiento, ya sea mediante la comunicación escrita de un funcionario fiscalizador al Director Regional del Servicio de la existencia de un acta de fiscalización o por denuncia.

Para que un acta de fiscalización pueda dar lugar a un procedimiento sancionatorio se requiere primero que sea un fiscalizador habilitado por ley quien verifique la ocurrencia de alguna de las infracciones reguladas en la ley, que éste plasme además los hechos constitutivos de infracción en la misma y a su vez individualice al o los posibles infractores, de esa manera el sólo mérito del acta será suficiente para dar lugar al procedimiento. Por otra parte respecto de las denuncias, se señala que cualquier persona podrá denunciar las infracciones consideradas en la ley, así como también de las disposiciones contenidas en planes de manejo, pero una denuncia sólo dará origen al procedimiento cuando se considere bajo el juicio del SBAP que está revestida de seriedad y mérito suficiente, en caso de que no se tenga certeza de lo anterior el mismo Servicio podrá disponer la realización de fiscalizaciones sobre el presunto infractor y si este estimase que carece de fundamento, dispondrá su archivo mediante una resolución fundada.

En caso de ser absolutamente indispensables para asegurar la instrucción del procedimiento o para evitar un daño inminente al objeto de protección de un AP o un daño ambiental, el Director Regional del SBAP tendrá la posibilidad de dictar ciertas medidas provisionales, como por ejemplo, la clausura temporal, parcial o total de las instalaciones o la suspensión del funcionamiento de las mismas, entre otras. Todas estas medidas durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

La primera etapa del procedimiento sancionador, estará a cargo del Director Regional quien luego de tomar conocimiento del acta o denuncia contará con un plazo de 5 días como máximo para dar inicio a la instrucción del procedimiento, designando un instructor que deberá llevar adelante la causa. La formulación de cargos es esencial para poder llevar a

cabo la instrucción, la cual se plasmará en una resolución que deberá contener además un pronunciamiento sobre las medidas provisionales impuestas. Dicha resolución será notificada al infractor a través de carta certificada, confiriéndole un plazo máximo de 10 días para formular sus descargos y acompañar todos los medios de prueba de los que pretenda valerse, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

El segundo paso, luego de recibidos los descargos del posible infractor o vencido el plazo para presentarlos, será el examen de los antecedentes, el cual estará a cargo del instructor quien deberá analizar el mérito de los mismo y podrá a su vez ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan, todo lo que deberá llevarse a cabo en un plazo no superior a 15 días.

Por último, vencido el plazo anterior corresponderá al Instructor llevar a cabo un informe, que deberá contener la individualización de los infractores, una relación de los hechos investigados, la forma como se ha llegado a comprobarlos y la proposición de las sanciones que estimara procedentes aplicar o la absolución en el caso que fuera pertinente. Dicho informe será remitido junto con todos los antecedentes al Director Regional del Servicio, para que resuelva. En el caso que fuere procedente la autoridad competente para resolver puede devolver los antecedentes al instructor dentro del plazo máximo de 10 días para que se practiquen correcciones a posibles vicios del procedimiento o las diligencias necesarias, las cuales también deberán ser llevadas a cabo dentro del plazo de 10 días. Evacuado o corregido el informe, el Director Regional deberá resolver dentro del plazo de 10 días, mediante resolución fundada en la cual absolverá o sancionará al infractor.

En cuanto a la impugnación de dicha resolución, el artículo 107 establece que se podrá interponer un recurso jerárquico ante el Director Nacional, de acuerdo a las reglas generales, a su vez respecto de esa segunda resolución se podrá interponer en el plazo de 30 días hábiles desde la fecha de notificación, un recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental competente, el cual deberá resolver en igual plazo. Y para recurrir de la sentencia pronunciada por estos Tribunales se aplicará lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 20.600.⁹⁴

⁹⁴ **Artículo 26. Ley 20.600 Que crea los Tribunales Ambientales-** Recursos. En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a

4.4. Incentivos al cumplimiento

En el párrafo 5° del Proyecto, se establece un Registro Público de Sanciones, en el cual el Servicio deberá consignar el nombre, apellidos, denominación o razón social, de las personas naturales o jurídicas que hayan resultado responsables de cometer una infracción, registrando también la sanción que le haya sido aplicada. Este registro estará a disposición de cualquier persona que lo requiera, permitiéndose además su consulta electrónica. Al dejar registro público de los infractores, se estaría buscando generar una disuasión del incumplimiento, dado que cada uno de los entes que queden individualizados en este instrumento serán objeto del juicio social y moral de la sociedad civil, lo que ha resultado ser una herramienta sumamente influyente en el desempeño ambiental de las empresas, aunque muchas veces no suficiente, es bastante útil.

5. Algunas conclusiones que nos acercan al objeto de esta tesis.

Como hemos podido constatar el proyecto de ley analizado corresponde al último componente de la reforma a la institucionalidad ambiental de nuestro país y las expectativas respecto de su aprobación son altas. Sin duda que su creación constituye un avance importantísimo para la gestión de la biodiversidad, en cuanto se supone que concentrará en un nuevo Servicio las competencias relativas a conservación que hoy se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico e institucional y separará a su vez aquellas funciones sectoriales de fomento productivo de las estrictamente conservacionistas.

A pesar de las expectativas y de varios aspectos destacables de este proyecto, el actual texto en trámite deja varias aristas abiertas a la discusión legislativa. Dado el carácter acotado del presente trabajo, nos introduciremos tan solo en una de estas aristas, aquella relativa al sistema de fiscalización para la protección de la biodiversidad que constituye el objeto de esta investigación.

prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.

Como vimos en el párrafo referido a las atribuciones del SBAP, a éste servicio le corresponderá la fiscalización del cumplimiento de las normas referidas a la conservación de la biodiversidad nacional en general y la fiscalización de todas aquellas actividades que se lleven a cabo dentro de áreas protegidas.⁹⁵ De aquí surgen dos problemáticas no resueltas por el proyecto respecto de las nuevas atribuciones de fiscalización, la primera referida a una carencia de mecanismos explícitos de coordinación y reordenamiento de funciones, entre el nuevo servicio y los distintos organismos e instituciones que históricamente han asumido las tareas que el proyecto le asigna al primero⁹⁶, ya que tanto dentro como fuera de áreas protegidas se le otorgan nuevas competencias de fiscalización al SBAP, pero nada se dice respecto de quitarle dichas atribuciones a los organismos actualmente competentes generándose muchas veces una duplicidad de fiscalización.⁹⁷

La segunda de estas problemáticas y que pretenderemos resolver en los acápites siguientes, es si se justifica bajo criterios de eficiencia y especificidad que sea el SBAP el órgano que fiscalice los instrumentos de gestión previstos en la ley y no la Superintendencia del Medio Ambiente quien lo haga. La verdad llama bastante la atención el hecho de que el modelo de fiscalización propuesto por el proyecto difiere absolutamente de la institucionalidad fiscalizadora establecida recientemente por la reforma ambiental en la Ley 20.417, rompiendo con la idea de unificación de gestiones que propugna el actual modelo y a su vez con la coherencia normativa pretendida. Tal como lo señala el mensaje del proyecto, la eficacia de la regulación que éste pretenda establecer dependerá en buena medida del régimen de fiscalización y sanción que se establezca,⁹⁸ es por esto que buscaremos comprobar si en la práctica será eficaz el establecimiento del nuevo modelo

⁹⁵ Art.86 Proyecto de Ley Boletín 9404-12 que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

⁹⁶ Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 6. P.13

⁹⁷ Existe duplicidad de funciones en la fiscalización de especies, a pesar de que el proyecto recurrentemente dice que las atribuciones del SBAP se realizarán sin perjuicio de la normativa sectorial vigente hay un vacío explícito de coordinación necesaria con la labor actual del SAG, donde se diferencie lo que es normativa de sanidad y lo que es competencia de biodiversidad. Lo mismo sucede al interior de las AP, donde el proyecto señala que se fiscalizará la Ley General de Pesca, actualmente bajo fiscalización del SERNAPESCA sin quitarle sus atribuciones, por lo que dentro de AP estaríamos frente a una doble fiscalización, así varios otros casos.

⁹⁸ Mensaje Proyecto de Ley Boletín 9404-12 (2014), p.24.

de fiscalización propuesto por el proyecto de ley, el cual se sustenta en el carácter específico del objeto de protección, la biodiversidad.

CAPÍTULO III: EL ROL FISCALIZADOR DE LA SMA Y ALGUNOS CRITERIOS INTERNACIONALES QUE NOS PERMITEN DEFINIR UN MODELO DE FISCALIZACIÓN EFICIENTE.

Hemos visto hasta ahora, la institucionalidad vigente en Chile para la protección de la biodiversidad y la propuesta de proyecto de ley para cambiarla, luego revisamos el modelo de fiscalización que se pretende instaurar por la misma y a continuación corresponde adentrarnos en el modelo de fiscalización ambiental vigente y en aquellos criterios internacionales que se han establecido para definir un modelo adecuado de fiscalización ambiental, lo que nos permitirá posteriormente llevar a cabo una comparación entre un modelo y otro y así poder concluir cual será la forma más adecuada de abordar la fiscalización en materia de biodiversidad.

1. El modelo de fiscalización ambiental vigente.

El sistema de fiscalización ambiental que pasaremos a analizar fue sin duda uno de los puntos de discusión más relevantes durante el proceso de aprobación de la reforma ambiental establecida por la Ley N° 20.417. La creación de una nueva institucionalidad fue sencillamente la respuesta a un contexto de irregular incumplimiento de la ley ambiental caracterizada en ese momento principalmente por la LBGMA, en efecto, la situación más criticada y ligada directamente a la fiscalización, era *“la existencia de dispersiones y superposiciones normativas, la falta de coordinación entre las instituciones para inspeccionar y sancionar y el bajo monto de las sanciones contempladas.”*⁹⁹ De aquí y de recomendaciones internacionales como la de la OCDE¹⁰⁰, es que surgió la necesidad de instaurar una entidad única con potestad fiscalizadora exclusiva encargada de llevar a cabo los procedimientos de inspección y sanción ambiental, que pudiera a su vez asegurar una reacción oportuna y eficaz ante la vulneración de la normativa ambiental.

⁹⁹ Herrera Rubio, J. (2010). Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. p. 125.

¹⁰⁰ En la Evaluación de Desempeño Ambiental del año 2005 la OCDE instó a nuestro país entre otras cosas a examinar las formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo el establecimiento de un órgano de inspección ambiental.

1.1. El rol de la SMA en la fiscalización ambiental.

Así nació la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), que hoy es la cara visible y el órgano rector de todos los procedimientos de fiscalización ambiental en Chile relacionados con instrumentos de gestión ambiental, tal como lo señala el artículo 2° de la Ley N° 20.417, donde se establece que la SMA *“tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”*. En este sentido, podemos decir que el modelo de fiscalización vigente es regido por la SMA y que su alcance se restringe únicamente a los instrumentos de gestión ya señalados y a aquellos instrumentos que puedan establecerse por la ley a futuro¹⁰¹.

A raíz de lo anterior, podemos señalar que *“la entrada en vigencia de la Ley 20.417 creó un sistema de fiscalización ambiental que no es único para todas las infracciones de este carácter, sino que solo para una parte de ellas, por lo que podríamos hablar de dos sistemas de fiscalización ambiental: uno para las infracciones a los instrumentos de gestión ambiental, y otro para aquellas que continúan fiscalizándose por la normativa sectorial existente desde antes de la reforma de 2010.”*¹⁰² Es decir, todas aquellas materias ambientales que queden fuera de la competencia de la SMA, serán fiscalizadas por los organismos sectoriales correspondientes según la ley que los rija.¹⁰³

¹⁰¹ **Artículo 2° Ley N° 20.417 Que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.**- La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

¹⁰² Maldonado Barra, A. (2016). Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente?. p. 49.

¹⁰³ Esta exclusión de competencia se expresa en los artículos 3 letra t) de la Ley 20.417, donde se señala que a la Superintendencia le corresponde fiscalizar el cumplimiento de las demás normas e instrumentos de carácter ambiental, que no estén bajo el control y fiscalización de otros órganos del Estado y el artículo 35 de la misma norma, relativo a las infracciones respecto de las cuales tendrá potestad sancionatoria la Superintendencia, donde se excluye en su letra n) toda otra norma de carácter ambiental que ya tenga una sanción específica y que no corresponda a los instrumentos mencionados en dicho artículo.

Dicho todo lo anterior, cabe preguntarse ahora ¿Qué es la Superintendencia del Medio Ambiente?

Según lo que señalan los artículos 1° y 2° de la LOSMA, la SMA es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente, que tendrá como objeto la ejecución, organización y coordinación del seguimiento y fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental.

Una de las características más relevantes de esta entidad pública es la facultad de fiscalización que recae sobre ella, la que se traduce básicamente en la ostentación de un rol coordinador para la ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis en pos de la verificación del correcto cumplimiento de la normativa ambiental. Esta facultad se encuentra resumida en cuatro deberes establecidos en el artículo 3° de la LOSMA, donde se señala que la SMA tendrá como funciones:

- a. La fiscalización del permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental (artículo 3, letra a)
- b. Velar por el cumplimiento de las medidas e instrumentos establecidos en los planes de prevención o descontaminación ambiental, sobre la base de inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen de acuerdo con lo que establece la ley (artículo 3, letra b)
- c. La fiscalización del cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales (artículo 3, letra n) y;
- d. La fiscalización del cumplimiento de otras normas e instrumentos de carácter ambiental, siempre y cuando sean normas o instrumentos que no se encuentren bajo el control y fiscalización de órganos sectoriales (artículo 3, letra t)

De estos deberes nacerá correlativamente y como complemento de la fiscalización la facultad para que la SMA imponga exclusivamente las sanciones correspondientes, facultad que revisaremos líneas más adelante.¹⁰⁴

Para poder llevar a cabo sus funciones fiscalizadoras, el artículo 3° de la LOSMA otorga a la SMA una serie de atribuciones legales entre las que podemos destacar, la posibilidad de impartir directrices técnicas de carácter general y obligatorio para los organismos fiscalizadores, las entidades acreditadas y los sujetos de fiscalización, los cuales se verán compelidos a aplicarlas al momento de realizar el examen, control y medición de los diversos instrumentos de gestión ambiental, también podrá requerir tanto a los sujetos fiscalizados como a los entes fiscalizadores para que cumplan labores de fiscalización ambiental, entreguen la información o datos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones, entre muchas otras.

Asimismo *“el artículo 28 de la LOSMA señala un conjunto de potestades de inspección, con el objeto de hacer efectiva la función fiscalizadora, entre ellas, poder de ingreso a inmuebles, establecimientos o recintos e inspección material, tomar muestras, levantar actas y dejar testimonio, solicitar el auxilio de la fuerza pública cuando haya oposición a la fiscalización...”*¹⁰⁵ de estas potestades nacerá a su vez el deber de colaboración del sujeto fiscalizado en la entrega de la información solicitada y de facilitación de los procedimientos de fiscalización.

1.2. Modalidades para llevar a cabo la fiscalización ambiental.

En otro aspecto y como ya veníamos anunciando, la SMA viene a asumir un rol directivo y de coordinación en materia de fiscalización ambiental, *“puesto que además de realizar por sí misma dichas labores, coordina los procedimientos de este mismo tipo que son llevados adelante por los diversos organismos sectoriales.”*¹⁰⁶

¹⁰⁴ Facultad que se encuentra otorgada en el Artículo 3° Letra o de la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

¹⁰⁵ Mallea Álvarez, M. (2014). 27. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medioambiente. Revista De Derecho, 32, 135-156. p 139.

¹⁰⁶ Leal Vásquez, B. (2014). La potestad de inspección de la administración del Estado. p.220.

Según señala María Isabel Mallea: “*al dictarse la LOSMA, el legislador pretendió evitar la duplicidad de competencias en el ejercicio de las potestades de fiscalización, y de esta manera estableció, por una parte, una potestad directa de la SMA, y por otra, la ubicó en una posición de dirección de la fiscalización que tengan a cargo otros órganos de la administración del Estado (arts. 2°, 3° letras a), b), n) y t) y art. 16 LOSMA).*”¹⁰⁷

A partir de lo anterior, podemos señalar que las actividades de fiscalización pueden ser llevadas a cabo bajo tres modalidades, una directamente por la SMA a través de sus funcionarios, otra de forma subprogramada por los órganos sectoriales según corresponda y una última, privada ejecutada por terceros idóneos debidamente certificados. *La complejidad de los instrumentos de gestión ambiental y su número – en cuanto a universo de alguna forma han justificado las técnicas de programación (programas de fiscalización), como el ejercicio de las potestades mediante órganos sectoriales (subprogramas) y consultoras especializadas (terceros acreditados).*¹⁰⁸

En este sentido, el artículo 22 de la LOSMA establece que la SMA realizará la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis necesarios para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, así también podrá encomendar dichas acciones a los organismos sectoriales cuando se requiera, a los cuales deberá impartir directrices con el fin de informar las acciones de fiscalización que éstos se vean obligados a asumir, los plazos y oportunidades para su realización y las demás condiciones pertinentes. A su vez, este artículo establece el deber de la SMA de mantener informados a los organismos sectoriales correspondientes respecto de las fiscalizaciones realizadas por esta, para así evitar la duplicidad de funciones.

En el caso que ciertas acciones de fiscalización contempladas en programas o subprogramas, no puedan ser ejecutadas, ya sea por insuficiencia operativa de los organismos sectoriales o por otra causa justificada, el artículo 24 de la LOSMA señala que

¹⁰⁷ Mallea Álvarez, M. (2014). 27. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medioambiente. *Revista De Derecho*, 32, 135-156. p 140.

¹⁰⁸ Maldonado Barra, A. (2016). Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente?. p. 55.

la SMA encomendará estas acciones a entidades técnicas acreditadas o serán llevadas a cabo por sus propios fiscalizadores habilitados.¹⁰⁹

Como corolario de las normas citadas, podemos decir que la modalidad de fiscalización directa, es aquella ejercida por la SMA a través de sus funcionarios fiscalizadores habilitados, los cuales tienen el carácter de ministro de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones que consignan durante el cumplimiento de sus funciones, siempre y cuando estos consten en la respectiva acta de fiscalización, hechos que tendrán asimismo el carácter de presunción legal.

La fiscalización llevada a cabo por los órganos sectoriales, o también llamada subprogramada es aquella que nace en función de la celebración de un convenio de encomendación de acciones entre la SMA y un órgano sectorial al que se le encomendarán actividades de fiscalización por medio de un subprograma sectorial de fiscalización. Como ya veremos más adelante, *“aunque el subprograma de fiscalización tiene un carácter imperativo para el organismo sectorial, este se debe elaborar teniendo en cuenta la opinión de los mismos.”*¹¹⁰

Por último, la fiscalización privada, es aquella llevada a cabo por terceros acreditados por la misma SMA, esta modalidad encuentra asidero en la regla del artículo 3° letra c) de la LOSMA. Básicamente, *“se trata de una técnica de privatización incorporada por la LOSMA, la cual se complementa con el sistema de evaluaciones y certificaciones de conformidad de la normativa ambiental aplicable y del cumplimiento de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental, administrado también por la SMA.”*¹¹¹

Cualquiera sea la modalidad utilizada para llevar a cabo acciones de fiscalización, en conformidad a lo que señala el artículo 25 de la LOSMA, las entidades fiscalizadoras

¹⁰⁹ De aquí se deriva que la SMA tenga contemplada como atribución en el artículo 3° letra c) la posibilidad de contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y/o Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados.

¹¹⁰ Maldonado Barra, A. (2016). Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente?. p. 69.

¹¹¹ Maldonado Barra, A. (2016). Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente?. p. 69.

siempre deberán ajustarse a las instrucciones generales y técnicas impartidas por la SMA, en lo referido a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis que se pretendan implementar.

1.3. Los Programas y Subprogramas de Fiscalización.

Como hemos podido apreciar, las actividades de fiscalización ambiental en nuestro país pueden ser ejecutadas ya sea por la misma SMA, por órganos sectoriales o por entidades técnicas acreditadas, pero para que estas actividades se concreten en la práctica el artículo 16 de la LOSMA establece la obligación de la SMA de planificar anualmente dichas actividades a través de Programas y Subprogramas de Fiscalización.

Según señala el Libro Estrategia de Fiscalización Ambiental del año 2013; un *“Programa de Fiscalización Ambiental es un instrumento de gestión administrativa, donde, en función de los objetivos propuestos y los medios disponibles para alcanzarlos, se identifican las prioridades de fiscalización para un año calendario”*¹¹²37, en cambio, *“por medio de los Subprogramas de Fiscalización Ambiental, se identifican las actividades de fiscalización encomendadas al organismo sectorial respectivo, el cual se denomina organismo subprogramado, así como también los presupuestos sectoriales asignados y los indicadores de desempeño asociados, todo ello conforme al procedimiento administrativo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente”*¹¹³

La elaboración de estos programas y subprogramas se ceñirá a lo establecido en el artículo 17 de la LOSMA, donde se señala que con la debida antelación se solicitará a los organismos con competencia en fiscalización ambiental informes acerca de las prioridades de fiscalización que hubieren definido. Sólo en base a dichos informes y de los demás antecedentes, se podrán elaborar las propuestas de programas y subprogramas, las cuales

¹¹² Libro Estrategia de Fiscalización Ambiental 2013. (2013). 1st ed. [ebook] Santiago de Chile: División de Fiscalización y Fiscalía de la Superintendencia del Medio Ambiente, p.14. Disponible en: http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/cat_view/4-publicaciones?limit=10&limitstart=0&order=date&dir=ASC [Acceso 14 Jun. 2018].

¹¹³ Libro Estrategia de Fiscalización Ambiental 2013. (2013). 1st ed. [ebook] Santiago de Chile: División de Fiscalización y Fiscalía de la Superintendencia del Medio Ambiente, p.15-16. Disponible en: http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/cat_view/4-publicaciones?limit=10&limitstart=0&order=date&dir=ASC [Acceso 14 Jun. 2018].

serán sometidas a consulta de los organismos y servicios que la SMA estime pertinentes. Según expresa Guzmán Rosen, esta obligación no es más que un reflejo de la indispensable coordinación que debe existir en materia de fiscalización.¹¹⁴

Luego de concluido el período de consulta, y de ser fijados los programas y subprogramas pertinentes, las resoluciones que los fijen deberán garantizar adecuadamente la participación en la fiscalización de la SMA y de los organismos sectoriales. Asimismo deberán resguardar la adecuada coordinación entre ellas, evitando la duplicidad de funciones.

El artículo 18, señala además que los resultados de los programas y subprogramas deberán ser publicados al finalizar el año respectivo, individualizándose por tipo de instrumento fiscalizado y organismo que lo llevó a cabo. Las actividades de fiscalización deberán ceñirse a estos programas y subprogramas, sin embargo la SMA cuenta con la facultad de disponer la realización de inspecciones no contempladas en estos, por ejemplo ante la presentación de una denuncia o reclamo o por cualquier medio que le permita tomar conocimiento de una infracción o incumplimiento de su competencia.

Es importante señalar que la ejecución de los programas y subprogramas alcanza a todas las actividades de inspección propiamente tales, al análisis de la información obtenida de las mismas y a la adopción de las medidas que correspondan según el caso.¹¹⁵

Por último, el artículo 26 de la LOSMA señala que los resultados de las inspecciones, mediciones y análisis, que hayan sido realizados por la SMA, entidades técnicas acreditadas o por organismos sectoriales competentes, junto con un informe técnico fundado y sus conclusiones, deberán remitirse una vez terminados, al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA), el cual permitirá tener un acceso más expedito a la información y un manejo más eficiente de las funciones y atribuciones de la SMA en materia de fiscalización ambiental.

¹¹⁴ Guzmán Rosen, R. (2012). Derecho ambiental chileno: principios, instituciones, instrumentos de gestión. Santiago de Chile: Planeta Sostenible. p. 201.

¹¹⁵ Artículo 20 **Ley N° 20.417 Que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.**- La ejecución de los programas y subprogramas de fiscalización contempla las actividades de inspección propiamente tal, el análisis de la información obtenida en las primeras y la adopción de las medidas que correspondan.

2. El procedimiento de Fiscalización Ambiental.

*La fiscalización es el procedimiento administrativo por el cual la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), en el ejercicio de su potestad pública, verifica el constante cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental que establece el artículo 2° de su Ley Orgánica, así como de los Programas de Cumplimiento y Planes de Reparación contemplados en los artículos 42 y 43 de la Ley.*¹¹⁶

A pesar de que el artículo 3° de la LOSMA, lista de manera bastante acuciosa las diversas funciones y atribuciones que tiene la SMA para poder llevar a cabo sus potestades fiscalizadoras, la concreta regulación de los procedimientos de fiscalización e inspección la encontramos en las Resoluciones Exentas N° 276, de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante la cual se dictan e instruyen las normas de carácter general sobre el procedimiento de fiscalización de la RCA y N° 277, del mismo ente, que dicta e instruye las normas de carácter general que rigen el procedimiento de fiscalización para las normas de calidad, las normas de emisión y los planes de prevención y/o descontaminación. *“Ambas resoluciones contienen un diseño del proceso de fiscalización, etapas y sujetos intervinientes, todos con un tratamiento similar. La gran diferencia entre ambas la encontramos en la aplicación del principio de no formalización y economía procedimental, contemplado para la fiscalización de los instrumentos de gestión que no son RCA (Art. 6° de la R.E. N° 276/2013).”*¹¹⁷

Antes de adentrarnos en las etapas que dan forma a la fiscalización ambiental, se hace necesario dar a conocer aquellos principios establecidos por las Resoluciones antes señaladas, en base a los cuales se estructura el procedimiento mismo de fiscalización, los cuales otorgan el margen de actuación adecuado en virtud del cual deberá regirse todo ente fiscalizador habilitado en materia ambiental:

¹¹⁶ Superintendencia del Medio Ambiente - Fiscalizamos. (2018). Obtenida de <http://www.sma.gob.cl/index.php/quienes-somos/que-hacemos/fiscalizacion>

¹¹⁷ Maldonado Barra, A. (2016). Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente?. p. 57.

2.1. Principios orientadores del procedimiento de fiscalización.

a) **Principio de coordinación.** Los fiscalizadores deberán cumplir su cometido coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicidad o interferencia de funciones.

b) **Principio de imparcialidad.** Los fiscalizadores deberán actuar con objetividad e imparcialidad, respetando el principio de probidad consagrado en artículo 8° de la Constitución Política de la República y en nuestra legislación.

c) **Principios de eficacia y eficiencia.** Los fiscalizadores deben utilizar de manera eficiente e idónea los medios e instrumentos públicos necesarios para llevar a cabo las labores de fiscalización ambiental.

d) **Principio de realidad o flexibilidad.** Los fiscalizadores, considerando las circunstancias particulares o excepcionales que se puedan presentar durante la etapa de Inspección Ambiental, podrán modificar lo previsto, dejando expresa constancia de esas circunstancias en el Acta, sin perjuicio que su ausencia no afectará la validez de la misma.

2.2. Etapas de la Fiscalización Ambiental.

La relación entre el procedimiento de fiscalización ambiental y el sancionador en este mismo ámbito, es estrecha y complementaria lo que no implica que el primero siempre deba derivar en el segundo. En un régimen de policía como el nuestro, *“la fiscalización se presenta como un mecanismo necesario para asegurar que los particulares ajusten sus actuaciones a la legalidad. De aquí que, si bien la potestad sancionadora sea excepcional (...), las competencias fiscalizadoras y de inspección suponen un ejercicio continuo por parte de la Administración del Estado”*.¹¹⁸ Para lograr este ejercicio continuo, lo primero que se debe establecer, es cuál será el objeto de fiscalización, en el caso de la fiscalización ambiental se ha establecido por el legislador, que este recaerá *“en un proyecto, actividad, fuente o alguna obligación regulada por un instrumento de gestión ambiental. En concreto, ello se traduce en que las inspecciones recaen sobre instalaciones, mecanismos, procesos*

¹¹⁸ Bermúdez, J. (2015). Fundamentos de Derecho Ambiental (2nd ed.). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

*de extracción y de producción y cualquier otro objeto que forme parte del engranaje de la empresa o actividad que provoque un impacto al medio ambiente*¹¹⁹

Así, luego de fijar este objeto se puede establecer más fácilmente un procedimiento que abarque las etapas necesarias que permitan comprobar el grado de cumplimiento de la normativa ambiental. En nuestro país dicho proceso de fiscalización está compuesto de cuatro etapas, pormenorizadamente definidas por las Resoluciones Exentas N° 276 y 277 de la SMA; i) la inspección ambiental, ii) el examen de información, iii) mediciones y análisis y, iv) la elaboración del informe de fiscalización ambiental, a continuación se describe cada una en sus aspectos fundamentales, según lo señalado por la misma Superintendencia en su sitio web oficial¹²⁰:

- i) Etapa de Inspección Ambiental: Corresponde al conjunto de actividades efectuadas por uno o varios fiscalizadores, con el fin de constatar en terreno el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental que establece el artículo 2° de la Ley Orgánica de la SMA, así como de los Programas de Cumplimiento y Planes de Reparación.
- ii) Examen de Información: Todos los antecedentes del caso deberán ser remitidos a la SMA en la forma y modo que señale el respectivo instrumento y/o las normas, directrices o instrucciones técnicas de carácter general impartidas por la misma, para que sean revisados, pudiendo derivarse, en caso que corresponda, a los Organismos Subprogramados. El examen de la información considerará una valorización cuantitativa y/o cualitativa de los antecedentes.
- iii) Mediciones y Análisis: Podrán realizarse por la Superintendencia, por lo Organismos Subprogramados, o por una entidad técnica acreditada contratada por la Superintendencia. El análisis y medición deberá realizarse de conformidad con lo establecido en los Instrumentos de Gestión Ambiental vigentes, en las normas técnicas, en las normas ambientales aplicables, y en las directrices técnicas, protocolos y métodos de análisis de carácter general y obligatorio que se haya establecido por la Superintendencia, o en su defecto aquellas validadas para su uso.

¹¹⁹ Leal Vásquez, B. (2014). La potestad de inspección de la administración del Estado. p.223.

¹²⁰ Superintendencia del Medio Ambiente - Fiscalizamos. (2018). Obtenida de <http://www.sma.gob.cl/index.php/quienes-somos/que-hacemos/fiscalizacion>

iv) Elaboración del Informe de Fiscalización Ambiental: El procedimiento de fiscalización ambiental finalizará con la elaboración de un Informe de Fiscalización Ambiental realizado por la Superintendencia, que deberá contar con los requisitos señalados en el artículo vigésimo segundo de la Resolución N° 276 o 277 según corresponda. Una vez finalizado el Informe de Fiscalización Ambiental en los términos establecidos en la Instrucción correspondiente, y con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 26 de la LOSMA, la División de Fiscalización de la Superintendencia deberá remitir una copia de éste al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA). La referida remisión de antecedentes se llevará a cabo considerando la no afectación de los fines y objetivos de la Superintendencia.

A raíz de lo anterior podemos colegir que *“el informe de fiscalización se erige como el insumo básico para la iniciación e instrucción de posteriores procedimientos administrativos sancionatorios. En este tipo de procedimientos, de acuerdo al art. 51 de la LSMA el informe debe valorarse de acuerdo a las normas de la sana crítica. Por el contrario, si el informe es presentado en juicio, y de acuerdo a lo establecido en el art. 8° de la misma ley, los hechos constatados en el mismo constituirán presunción legal.”*¹²¹

3. La Potestad Sancionadora de la SMA y el Procedimiento Sancionador.

El origen de toda potestad sancionadora estará dado por la previa ejecución de labores fiscalizadoras. En el caso chileno se determinó que la potestad sancionadora quedaría exclusivamente a cargo de la SMA, *estableciendo dos reglas de compatibilidad sectorial: la primera, que ningún sector podrá instruir procedimientos sin que termine el de la Superintendencia; la segunda, es que no se puede sancionar dos veces por los mismos hechos y fundamentos jurídicos.*¹²²

Anexo a esto, el artículo 7° de la LOSMA establece la necesaria separación de las funciones de fiscalización con las de sanción, dicha separación según el Profesor Bermúdez, encuentra *“su fundamento en el principio de imparcialidad (...), que obliga a la administración del Estado a conducir los procedimientos administrativos con objetividad. La*

¹²¹ Leal Vásquez, B. (2014). La potestad de inspección de la administración del Estado. p.226.

¹²² Boettiger Philipps, C. (2010). Nueva Institucionalidad Ambiental. Actualidad Jurídica, 22, 448.

*separación de funciones implica, entonces, que una vez recibida la información obtenida producto de las labores de fiscalización, ésta podrá derivar en un procedimiento administrativo sancionador, siempre que pudiera estimarse que es constitutiva de infracción*¹²³

3.1. El Procedimiento Sancionador.

En el artículo 47 inciso primero de la LOSMA, se señala que el procedimiento administrativo sancionador puede iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial competente o por denuncia. Una vez iniciado el procedimiento el artículo 48 contempla la posibilidad de que el instructor a cargo del mismo con el fin de evitar un daño inminente al medio ambiente o la salud de las personas pueda solicitar la adopción de medidas provisionales, las cuales serán esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos, pudiendo ser renovadas según el caso. Algunas de las medidas que se pueden solicitar son el sellado de aparatos o equipos, la clausura temporal, parcial o total de las instalaciones, la detención del funcionamiento de las instalaciones, entre otras.

La etapa siguiente es la instrucción del procedimiento, la cual está *“destinada al conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deberá pronunciarse o no la sanción administrativa.”*¹²⁴ Según lo que señala el artículo 49, es llevada adelante por un funcionario de la SMA denominado instructor y se inicia con la formulación clara y precisa de los cargos, los cuales serán debidamente notificados al presunto infractor.

El contenido de los cargos tiene un carácter provisorio dado que las pruebas aportadas y/o el resultado de las pericias e inspecciones pueden modificarlos¹²⁵.

Recibidos los descargos del presunto infractor o transcurrido el plazo para ello, la SMA examinará el mérito de los antecedentes, pudiendo ordenar la realización de las pericias e

¹²³ Mallea Álvarez, M. (2014). 27. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medioambiente. Revista De Derecho, 32, 135-156. p 142.

¹²⁴ Ibid. p 142-143.

¹²⁵ Artículo 50.- **Ley N° 20.417 Que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente:** Recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan. En todo caso, se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes. En caso contrario, las rechazará mediante resolución motivada.

inspecciones que sean pertinentes, así como también la recepción de los demás medios probatorios que procedan, dando lugar en caso de ser procedente a las diligencias probatorias que solicite el presunto infractor. Se admite cualquier medio de prueba admisible en derecho para acreditar los hechos investigados, los que deberán ser apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, el artículo 51 inciso segundo, agrega que las pruebas derivadas de las fiscalizaciones tienen valor de presunción legal.

Luego de cumplirse los trámites anteriores el instructor tendrá cinco días para proponer la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar a través de un dictamen, el cual será remitido junto con todos los antecedentes del caso al Superintendente, quien deberá resolver fundadamente si absolverá o sancionará al infractor, o podrá a su vez ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios del procedimiento, fijando un nuevo plazo para llevarlas a cabo.

El artículo 54 inciso segundo establece que la resolución con la que finaliza el procedimiento, ya sea que sancione o absuelva, deberá dictarse en el plazo de diez días y deberá ser fundada. En caso de ser una resolución sancionadora producirá ejecutoriedad, lo que implica que en la práctica podrá ser llevada a efecto por la propia administración del Estado, y que respecto de las sanciones pecuniarias goza de mérito ejecutivo.

En contra de las resoluciones de la SMA que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación, y el plazo para resolver será de 30 días hábiles. También existe la posibilidad para quienes resultaren afectados y estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, de que puedan reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental. Respecto de la resolución que resuelve la reposición procederá el recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental según lo que se establece en la Ley 20.600.

3.2. De las infracciones.

La LOSMA en su artículo 35 establece un catálogo de 14 infracciones respecto de las cuales la SMA tendrá la potestad sancionadora exclusiva.

Las mencionadas infracciones se clasifican a su vez en tres categorías, gravísimas, graves y leves. Según señala el artículo 36 N°1 serán infracciones gravísimas aquellas que hayan causado daño no susceptible de reparación o una afectación grave a la salud de la población, así también lo serán, el ocultar o proporcionar información falsa, impedir la ejecución de labores de fiscalización, el desarrollo de una actividad sin contar con RCA cuando por ley procede que dicha actividad sea sometida al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental, y por último la reincidencia del infractor respecto de infracciones graves.

Asimismo, serán infracciones graves cuando se haya causado un daño ambiental susceptible de reparación o se haya provocado un riesgo significativo para la salud de la población, cuando se afecte negativamente el cumplimiento de un Plan de Prevención y/o Descontaminación Ambiental, cuando se ejecute una actividad sin contar con RCA, siendo que esta debía someterse al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental, por incumplimiento grave de las medidas de mitigación de los efectos que causa un proyecto que cuenta con RCA, el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuesta por la SMA, la negativa a entregar información relevante en los casos autorizados por la ley, la reiteración de infracciones leves y aquellas infracciones que se ejecuten al interior de áreas protegidas del Estado sin autorización. La potestad sancionadora de la SMA, en el caso de la última infracción señalada, quedará derogada si el Proyecto de Ley que crea el SBAP es aprobado, dado que dicha competencia quedará bajo el alero del Servicio de Biodiversidad.

Por último, las infracciones leves serán todos aquellos hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, lo que les otorga un carácter más bien residual.

3.3. Las Sanciones.

Para el momento en que se llevó a cabo la Reforma Institucional Ambiental se cree que *“la LOSMA innovó significativamente en materia de sanciones, dándole a éstas un carácter de mayor realismo y proporcionalidad, estableciendo un moderno sistema inspirado en su*

*capacidad disuasoria y preventiva.*¹²⁶ Esta ley creó un catálogo único de sanciones establecido en el artículo 38, las cuales dependerán del tipo de infracción de que se trate y podrán ser:

- a. Amonestación por escrito
- b. Multa de 1 a 10.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA)
- c. Clausura temporal o definitiva
- d. Revocación de la RCA

En el caso de las infracciones gravísimas, las sanciones aplicables serán; la revocación de la RCA y la clausura (Previa consulta al Tribunal Ambiental) o multa de hasta 10.000 UTA.

Las sanciones procedentes respecto a infracciones graves también serán la revocación de la RCA y la clausura (Previa consulta al Tribunal Ambiental) o multa de hasta 5.000 UTA.

Finalmente las infracciones leves, las sanciones podrán ser la amonestación por escrito y aplicación de una multa de hasta 1.000 UTA.

Para poder determinar las sanciones específicas que se aplicarán, la ley establece en el artículo 40, nueve criterios o circunstancias a considerar, entre las que podemos destacar la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, el beneficio económico obtenido debido a la comisión de la infracción, la intencionalidad y la conducta anterior del infractor, entre otras.

4. Incentivos al cumplimiento ambiental.

La Autodenuncia y los Programas de Cumplimiento, corresponden a los dos instrumentos establecidos por la LOSMA que tienen como objetivo incentivar el cumplimiento. Dichos instrumentos los podemos encontrar enunciados en los artículos 41 y 42 de la ley, y desarrollados en mayor profundidad en el Decreto Supremo N°30/12 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el “Reglamento sobre Programas de Cumplimiento,

¹²⁶ Mallea Álvarez, M. (2014). 27. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medioambiente. Revista De Derecho, 32, 135-156. p 146.*

Autodenuncia y Planes de Reparación”. Se ha considerado que estos instrumentos constituyen una alternativa a la aplicación de una sanción, teniendo como objetivo último que el regulado se ajuste por voluntad propia a la ley ambiental.¹²⁷

El mencionado Reglamento en su artículo 2° letra a) define a la autodenuncia como la *“comunicación escrita efectuada por un infractor en las oficinas de la Superintendencia, sobre el hecho de estar cometiendo, por sí, cualquier infracción de competencia de aquélla”*. Según lo que podemos extraer de esta definición y de lo señalado por la ley en el artículo 41, este instrumento básicamente le permite al infractor reducir o eximirse de la multa que le correspondería por la infracción cometida, siempre y cuando la denuncia sea hecha antes del inicio de la investigación, suministrando información precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyan infracción, poniendo fin de inmediato a los mismos y siempre que se ejecute íntegramente un programa de cumplimiento.

El Programa de Cumplimiento se encuentra definido en el artículo 2° letra g) del mismo Reglamento y en el artículo 42 de la LOSMA, donde se señala que corresponde a un *“plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.”* El programa de cumplimiento a diferencia de la autodenuncia, debe presentarse ya iniciado el procedimiento sancionatorio dentro del plazo de 10 días desde el acto que lo incoa. No podrán presentar este programa, quienes se hubiesen acogido a un programa de gradualidad, quienes ya han sido sancionados previamente o que hubieren presentado un programa de cumplimiento anteriormente, salvo en el caso de infracciones leves.

En el caso de ser aprobado el Programa de Cumplimiento, este tendrá el efecto de suspender el procedimiento sancionatorio, más, si este es incumplido dicho procedimiento se reiniciará pudiendo aplicarse hasta el doble de la multa correspondiente a la infracción cometida. Si el programa es cumplido a cabalidad dentro de los plazos establecidos, se dará fin al procedimiento administrativo.

¹²⁷ Mallea Álvarez, M. (2014). 27. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medioambiente. Revista De Derecho, 32, 135-156. p 148.

En síntesis podemos decir que la *“autodenuncia opera como una eximente de responsabilidad y rebaja de penas, en la medida que se verifique un programa de cumplimiento; el programa, a su vez, comprende un plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la SMA, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental.”*¹²⁸

De esta manera concluye la exposición respecto del modelo de Fiscalización Ambiental vigente en nuestro país. Con los antecedentes aportados hasta el momento, cabe comenzar a adentrarse en una comparación con el modelo para la protección de la biodiversidad, pero primero debemos sintetizar algunos puntos importantes que se han definido en la doctrina nacional y en el derecho comparado como necesarios para establecer un modelo de fiscalización eficiente que logre cumplir con los objetivos de protección que se proponen en el proyecto y en cualquier futuro modelo de fiscalización ambiental.

5. Criterios esenciales a considerar para establecer un modelo de fiscalización ambiental efectivo.

Cuando hablamos de un modelo de fiscalización efectivo, nos referimos a aquel sistema que logra alcanzar dentro de lo posible o lo permitido por las circunstancias, el más alto nivel de cumplimiento de la normativa ambiental por parte de la comunidad regulada, lo que en consecuencia permitirá cumplir con los objetivos de protección pensados y establecidos al momento de idear la norma.

Según ha señalado la International Network for Environmental Compliance and Enforcement (más conocida por su sigla INECE), el diseño e implementación de un sistema de fiscalización ambiental efectivo traerá aparejado una serie de consecuencias positivas para la comunidad regulada, promoviendo el estado de derecho y el buen gobierno.¹²⁹ A través de la fiscalización se debe buscar principalmente asegurar la equidad, fortalecer la credibilidad de los requisitos ambientales, establecer la protección de los ecosistemas de

¹²⁸ Mallea Álvarez, M. (2014). 27. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medioambiente. *Revista De Derecho*, 32, 135-156. p 155.

¹²⁹ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009 p.5.

manera sustentable y proteger la salud de las personas, pero para lograr todos estos objetivos, lo primero que debemos entender es, en qué consiste la fiscalización ambiental y luego conocer aquellos criterios en base a los cuales podremos construir un modelo de fiscalización de aplicación efectiva en materia de biodiversidad.

5.1. ¿Qué es la Fiscalización Ambiental?

“La fiscalización es una actividad pública que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las regulaciones y, con ello, tutelar los intereses generales y bienes protegidos. Esto se manifiesta en una doble vertiente: preventiva y correctora. La primera es un estándar de eficacia, en la medida en que busca establecer incentivos para el cumplimiento efectivo de las regulaciones. La segunda es un estándar de resultado, en el sentido que busca reaccionar adecuadamente frente al incumplimiento de la legalidad y consecuente perturbación del sistema.”¹³⁰

La fiscalización ambiental será entonces, aquella que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las regulaciones ambientales, tutelando bienes jurídicos ambientales, como por ejemplo, el aire, el agua, el suelo o la biodiversidad, entre muchos otros. En este mismo sentido, *“el control o fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental es el instrumento para detectar las infracciones a la regulación, disuadir el incumplimiento en la comunidad regulada y proporcionar la evidencia que legitimará la adopción de medidas destinadas a hacer cumplir la ley.”¹³¹*

De la definición entregada podemos extraer dos conceptos fundamentales para comprender en que consiste un sistema de fiscalización, el primer concepto es el de cumplimiento de la norma y el segundo aquel relativo a la aplicación de la ley.

Según ha señalado la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (más conocida por su sigla EPA) “el **cumplimiento**” es la implementación total por parte de la comunidad reglada de los requisitos y exigencias establecidas en la ley con la finalidad de proteger el medio ambiente. Cabe destacar que el sentido fundamental de este concepto más que el

¹³⁰ Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 29). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

¹³¹ Gálvez Valdebenito, P. y Paredes Díaz, P. (2010). Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental : Estudio práctico. p. 11.

cumplimiento mismo de la norma, es alcanzar los objetivos establecidos por la misma, que para el caso sería la protección del medio ambiente.

Respecto al concepto de “**aplicación de la ley**” la misma EPA, ha señalado que consiste en el conjunto de acciones que la autoridad adopta en respuesta al incumplimiento de las exigencias y requisitos establecidos en la legislación ambiental, con el fin de constreñir al infractor a cumplir y responder por los daños derivados de su incumplimiento, así como imponer las sanciones correspondientes.

De lo anterior, es lógico asumir que la importancia de asegurar un adecuado cumplimiento y aplicación de la ley ambiental radica en primer lugar, en el hecho de proteger directamente al medio ambiente y la salud de las personas, pero a su vez en reforzar “*la credibilidad, confianza y el efecto disuasivo que debe tener la normativa ambiental, fortaleciendo la confianza de la ciudadanía en las políticas y en las instituciones encargadas del medio ambiente*”¹³², así también generar certidumbre jurídica y reducir “*los costos sociales en que debe incurrir la administración para hacer frente al incumplimiento*”¹³³ dado que a largo plazo sale más rentable la prevención del daño ambiental, ya que se reducen los costos de reparación para la sociedad y se obliga a que el contaminador internalice los costos que produce su actividad en el medioambiente y la salud de las personas.

Finalmente siempre que se quiera establecer un sistema de fiscalización ambiental se debe tener en cuenta el hecho de que “*la implementación exitosa de las obligaciones ambientales requiere un esfuerzo significativo y pensamiento previo. Cambios de comportamiento personal y de la sociedad son difíciles de lograr. No existe una manera singular para lograr el acatamiento. Existe simplemente el intento, la evaluación, y la adaptación en la búsqueda de las estrategias más efectivas de acatamiento para una situación determinada*”.¹³⁴ En esta búsqueda por lograr estrategias más efectivas siempre se deben tener en cuenta aquellos factores que afectan el cumplimiento y los principios que deben orientar una estrategia de

¹³² Herrera Rubio, J. (2010). Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. p.25.

¹³³ Ibid. p.26.

¹³⁴ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009 p.1.

fiscalización para que esta sea eficiente, los cuales pasaremos a analizar brevemente a continuación.

5.2. Factores que afectan el cumplimiento ambiental.

El Manual de Acatamiento y Ejecución Ambiental del INECE ha señalado que *las comunidades reguladas del mundo entero pueden ser generalmente divididas en tres categorías generales: (1) aquéllas que no cumplirán hasta tanto sean obligadas a hacerlo; (2) aquéllas que son “impresionables”, y que posiblemente acaten si son enfrentadas con los incentivos, el conocimiento y la capacidad para hacerlo; (3) aquéllas que colaborarán en todas las circunstancias.*¹³⁵

A raíz de lo anterior, lo primero que se debe tener en cuenta al planificar cualquier estrategia de fiscalización, es el hecho de que no todos los entes regulados responderán de la misma manera a la norma fijada por la autoridad, por lo que resulta esencial estudiar a cabalidad la comunidad a la cual estarán dirigidas las normas ambientales, para luego ampliar el análisis a aquellos factores que han sido considerados por la doctrina nacional y comparada como determinantes respecto del cumplimiento ambiental y que pasaremos a ver a continuación.

5.2.1. Factores disuasivos

Un factor disuasivo según la EPA (Environmental Protection Agency)¹³⁶ será aquel que frente a un incumplimiento de la norma ambiental establece una alta probabilidad de ser detectado, por ende fiscalizado y en caso de que proceda, sancionado. Los factores disuasivos básicamente buscan modificar una conducta a través de la amenaza de una sanción rápida, efectiva y altamente probable de ser aplicada. Para lograr este objetivo, INECE señala que se debe contar con una autoridad legal suficiente que tenga los poderes necesarios que aseguren el acatamiento, poderes que pueden ser manifestados bajo el otorgamiento o introducción de regulaciones, permisos, licencias y guías para la implementación de la ley, el monitoreo permanente de los actores regulados a través del acceso a su documentación, el automonitoreo, el establecimiento de acciones legales y

¹³⁵ Ibid. p.9-10.

¹³⁶ Wasserman, Cheryle E. Proceedings of the International Conference on Environmental Enforcement, Budapest. Volumen 1. 1992. p 13-170; OCDE.

sanciones en contra de los actores que no acatan y la corrección de situaciones que presenten un riesgo inminente o significativo para la salud pública o el medio ambiente.¹³⁷ Finalmente podemos decir que *“es necesario que toda la estructura normativa e institucional contemple los instrumentos para representar en los sujetos a regulación la certeza de que el Estado reaccionará frente al incumplimiento de la normativa ambiental, detectando las infracciones y sancionando cuando corresponda.”*¹³⁸

5.2.2. Factores regulatorios e institucionales.

La doctrina ha señalado que *“un marco regulatorio adecuado genera mayor credibilidad y confianza en las instituciones. Las normas se acatan porque se consideran justas y legítimas. Se produce entonces un círculo, en el cual el cumplimiento de las normas genera confianza en las instituciones, y dicha confianza a su vez engendra cumplimiento.”*¹³⁹

Serán normas justas¹⁴⁰ aquellas que establezcan estándares claros y ejecutables en la práctica, que especifiquen los roles y responsabilidades de las múltiples agencias del Estado involucradas en la ejecución ambiental, que aseguren equidad de trato y una coordinación con las leyes de sectores relacionados con la protección del medioambiente, evitando al máximo posible la superposición de competencias y por último que logren un balance entre la rigidez y la flexibilidad normativa.

Respecto a la rigidez normativa, INECE ha señalado que *“en algunos casos, requisitos excesivamente estrictos impuestos en etapas iniciales de los programas pueden resultar en que la comunidad regulada los ignore. Los objetivos y las metas que continuamente se exceden serán probablemente modificados, lo que incentiva a las industrias a esperar que los objetivos sean modificados antes de acatarlos.”*

¹³⁷ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009 p.23.

¹³⁸ Gálvez Valdebenito, P. y Paredes Díaz, P. (2010).Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental : Estudio práctico. p.11.

¹³⁹ Herrera Rubio, J. (2010).Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. P.28.

¹⁴⁰ Según lo señalado en el Manual de Acatamiento y Ejecución Ambiental del INECE en lo que refiere al diseño de requisitos efectivos en materia de fiscalización ambiental.

Por último, la Agenda 21, documento oficial que surgió a partir de la Declaración de Río de 1992, ha establecido que toda estrategia para la elaboración de programas nacionales eficaces para el examen y el cumplimiento de leyes nacionales, estatales, provinciales y locales sobre el medio ambiente y el desarrollo debe incluir: a) *Leyes, reglamentos y normas que puedan hacerse cumplir y se basen en principios económicos, sociales y ecológicos racionales y en la evaluación adecuada de los riesgos, e incorporen sanciones destinadas a castigar las violaciones, obtener compensación e impedir violaciones futuras;* b) *Mecanismos para promover el cumplimiento;* c) *La capacidad institucional para reunir datos sobre el cumplimiento, examinar periódicamente el cumplimiento, detectar las violaciones, establecer las prioridades de las medidas de coerción, aplicar dichas medidas en forma eficaz y realizar evaluaciones periódicas de la eficacia de los programas de cumplimiento y coerción;* d) *Mecanismos para la participación adecuada de personas y grupos en la formulación y aplicación de leyes y reglamentos sobre el medio ambiente y el desarrollo.*

5.2.3. Factores económicos.

Este tipo de factores “dicen relación con el costo-beneficio de cumplir la normativa o incumplirla por parte de los entes regulados. Si el costo de cumplir, por ejemplo implementando las mejoras tecnológicas necesarias para lograr una reducción de emisiones ordenada por la ley, supera al costo de ser sancionado por su incumplimiento, entonces es evidente que el destinatario de la norma optará por la segunda alternativa, ya que en virtud de ésta ahorrará más tiempo, dinero y esfuerzo.”¹⁴¹ Este factor está directamente ligado al establecimiento de sanciones altas que hagan que el costo del incumplimiento por parte del infractor afecte realmente su patrimonio, dado que al establecer sanciones bajas o que mantengan indemne el patrimonio del mismo, se estaría generando un incentivo económico para incumplir la norma ambiental.

5.2.4. Factores tecnológicos, sociales, morales y psicológicos.

Los factores tecnológicos dicen relación con la capacidad técnica de cumplimiento que tiene el regulado, que puede estar ligada a la falta de conocimientos o de recursos económicos

¹⁴¹ Herrera Rubio, J. (2010). Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. p.29.

para llevar a cabo mejoras tecnológicas en la actividad que desarrolla. Para enfrentar esta situación el Administrador puede poner a disposición de los regulados, herramientas como las asesorías y capacitaciones, incentivos económicos, entre otros.

Por último, los factores sociales, morales y psicológicos tienen que ver con el valor que otorga cada individuo o sociedad al medioambiente, según sea mayor o menor ese valor, este guiará el nivel o estándar de cumplimiento que cada uno siente o cree que debe seguir.

5.3. Principios orientadores para una fiscalización ambiental efectiva.

Existen diversos principios en materia ambiental que podrían ser aplicables para guiar el diseño de un modelo de fiscalización ambiental, pero para el caso solo se describirán los tres que han sido considerados en general por la doctrina como los más importantes; el preventivo, el que contamina paga y el de responsabilidad.

- El **Principio Preventivo**, consiste en palabras simples en propender por todos los medios posibles a la evitación del daño ambiental, adelantándose a la producción de este mediante acciones que permitan lograr dicho objetivo. Se ha establecido que este principio debe estar presente en todas las estrategias de fiscalización evitando las respuestas reactivas por parte de la autoridad, por lo que en este sentido la sanción debe ser siempre una respuesta de última ratio, luego de que hayan fallado todos los otros instrumentos aplicables al caso.
- El **Principio El Que Contamina Paga**, según ha establecido el propio Mensaje de la LBMA, este principio consiste en que *el particular que actualmente contamina o lo haga en el futuro debe incorporar en sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación*”, es decir que quien contamine debe asumir los costos de dicha contaminación. Así *“para lograr los objetivos de cumplimiento de la ley será el mismo destinatario de la norma y potencial contaminador, quien deberá costear por ejemplo, los gastos necesarios para implementar las mejoras tecnológicas exigidas por la autoridad, quien deberá*

efectuar a su costa los automonitoreos y pagar las certificaciones ambientales decretadas.”¹⁴²

- Por último el **Principio de Responsabilidad**, establece que quien cause daños al medioambiente debe repararlos, en materia de ejecución y cumplimiento de la ley ambiental quien resulte responsable de daño ambiental recibirá una sanción correspondiente a la infracción cometida, la que deberá ser equivalente a la reparación del daño.

5.4. Instrumentos útiles para el lograr el cumplimiento de la norma ambiental.

Como hemos podido apreciar, la consideración y análisis de los factores que afectan el cumplimiento ambiental y los principios orientadores de la fiscalización ambiental resultan claves para establecer una estrategia de fiscalización exitosa, dado que nos entregan lineamientos básicos que inherentemente nos llevarán a definir cuáles serán los mecanismos o instrumentos más adecuados que puede utilizar la Administración de un Estado para lograr mejorar sus niveles de cumplimiento. A saber, a modo general dichos instrumentos pueden ser:

- a. Un **marco regulatorio e institucional adecuado** que contribuya a fomentar el cumplimiento a través de normas bien diseñadas y órganos estatales bien capacitados y no a trabarlo.
- b. **Instrumentos de promoción del cumplimiento** son instrumentos de carácter preventivo, que favorecen el cumplimiento pero a través de mecanismos distintos a la sanción, también se puede decir que son *políticas y programas que eliminan, reducen o eximen penalidades bajo algunas circunstancias para empresas, industrias, y para establecimientos del estado que voluntariamente divulgan, y que prontamente revelan y corrigen su no-acatamiento, y previenen futuras violaciones ambientales*¹⁴³, como por ejemplo la divulgación de información, las asesorías técnicas o los incentivos económicos establecidos por ley.

¹⁴² Herrera Rubio, J. (2010).Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. p.32.

¹⁴³ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009 p.43.

- c. **Supervisión del cumplimiento**, también tienen un carácter preventivo y son aquellos mecanismos en virtud de los cuales la autoridad administrativa recopila y analiza la información de cumplimiento ambiental proveniente del ente regulado, la herramienta más utilizada para este propósito es la inspección ambiental.
- d. **Herramientas para la aplicación de la ley**, tiene un carácter reactivo, es decir se utilizan luego de incumplida la norma y aluden básicamente *“a la decisión de aplicar o no la ley, y en el caso de optar por hacerlo los distintos medios a través de los cuales se puede reaccionar en el ámbito administrativo. Estas herramientas abarcan desde las simples advertencias de cumplimiento, pasando por las sanciones monetarias, hasta la privación de derechos.”*¹⁴⁴
- e. **Mecanismos de registro y seguimiento de acciones de supervisión y aplicación de la ley**, al igual que las herramientas de aplicación de la ley, tienen un carácter reactivo y son aquellos que tienen por objeto registrar la información relativa al cumplimiento ambiental, deben ser plataformas de acceso público que permitan a la comunidad tomar conocimiento de todas las actividades que se lleven en materia de fiscalización y sanción, permitiendo también evaluar el nivel de cumplimiento ambiental a nivel país.

El resultado de la aplicación de estos instrumentos variará según la comunidad regulada de que se trate, en este sentido, cada nación debe buscar la fórmula más adecuada para las circunstancias que la afectan en el momento determinado que se quiere regular, teniendo siempre en cuenta que estas pueden ir variando a medida que pasa el tiempo.

En el caso de nuestro país, dada la corta historia de vida de la regulación ambiental y las características propias de nuestra sociedad, la cultura del cumplimiento no se encuentra muy arraigada, por lo que los mecanismos reactivos o de aplicación de la ley, resultan más adecuados, lo que no necesariamente nos condena al establecimiento de este tipo de modelos para siempre. Hay que sacar lecciones de la experiencia y avanzar hacia el establecimiento de un modelo de fiscalización ambiental de carácter más bien preventivo evitando al máximo posible la producción del daño.

¹⁴⁴ Herrera Rubio, J. (2010). Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010. P. 36.

CAPÍTULO IV: EL MODELO DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DE LA SMA EN CONTRASTE CON EL MODELO DE FISCALIZACIÓN DEL SBAP.

1. Introducción.

En base a lo señalado precedentemente, podemos aseverar que contamos con una cantidad importante de elementos que nos permitirán llevar a cabo una comparación crítica e informada entre los dos modelos de fiscalización ambiental expuestos.

El análisis al cual hacemos alusión resulta de suma trascendencia, por cuanto permite comparar los distintos sistemas de fiscalización, situándonos en el terreno del cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental. Por otra parte, será ese mismo terreno el que revista relevancia *“por cuanto están en juego: a) la calidad y protección del medio ambiente; b) la credibilidad de las regulaciones ambientales; c) la igualdad ante la ley, por una parte la existencia de tratos justos e imparciales y por otra parte la circunstancia que el incumplimiento es una especie de competencia desleal para el que acata las normas; d) la reducción de costos e internalización adecuada de las responsabilidades”*.¹⁴⁵

De esta manera, poner como centro de la discusión el modelo fiscalizador que Chile posee o que podría eventualmente tener en un futuro próximo, nos encamina a comprender adecuadamente el rol de los sistemas de fiscalización y su objetivo central, el cual es *“que exista cumplimiento de las regulaciones ambientales de manera de evitar efectos adversos sobre el medio ambiente...”*¹⁴⁶.

Ahora bien, para realizar la comparación en comento, sirve tener en cuenta lo señalado por el profesor Cordero, respecto a que *“no basta con sostener que disponemos de un modelo de fiscalización, sino que es relevante conocer su diseño y desempeño...dado que el*

¹⁴⁵ Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 33). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

¹⁴⁶ Ibid., p.41.

*“diseño del sistema de fiscalización genera una serie de efectos que es necesario considerar, pues de él dependerá la efectividad de la regulación ambiental”.*¹⁴⁷ En este sentido, no resulta suficiente conocer la propuesta de modelo hecha por el Proyecto, sino que debemos intentar al menos en teoría analizar y predecir con los recursos y la experiencia ya adquirida en materia de fiscalización ambiental en nuestro país, cuáles serán sus posibles virtudes y defectos.

En línea con lo que hemos venido diciendo, es vital comprender que, como ha sido expuesto en gran parte de esta investigación, uno de los mayores escollos de nuestra legislación e institucionalidad en materia de gestión, protección, conservación y fiscalización del ámbito de la biodiversidad, ha sido la superposición de funciones y potestades, repartidas cada una de ellas en diversos órganos y entidades a lo largo de un vasto andar en materia de regulación medioambiental. Como es sabido, y tal como expone el profesor Cordero, *“según el sistema legal chileno, la fiscalización ambiental la realizan los diversos servicios públicos con atribuciones para ello”*. Es por este motivo que el posible nacimiento de un órgano que terminase con la multiplicidad y simultaneidad de actividades,¹⁴⁸ ya características en nuestro país, pareciese ser, a lo menos, esperanzadora.

De este modo, consideramos pertinente, en primer lugar, adentrarnos brevemente en dilucidar si efectivamente el sistema propuesto por el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas cumple con lograr una coordinación efectiva entre los diversos organismos involucrados en las tareas de gestión y puntualmente fiscalización en lo relativo al amparo de la diversidad biológica, o bien, si con la implementación de esta nueva institucionalidad se llegarán a abolir aquellas colisiones de potestades imperantes, quedando radicadas en dicha organización u otras.

Con todo, no podemos descartar la posibilidad de que el sistema imperante en la actualidad, vale decir, aquel en que la Superintendencia del Medioambiente juega un rol preponderante, sea más idóneo que el que contempla al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas en lo que respecta puntualmente a tareas tan relevantes como la fiscalización.

¹⁴⁷ Ibid., p.33.

¹⁴⁸ Ibid., p.29.

Con el fin de contestar estas y otras interrogantes, consideramos menester realizar un primer análisis comparativo, basado directamente en ciertos artículos de relevancia, contenidos tanto en la Ley 20.417, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, como en el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en el marco de las labores de fiscalización.

2. El contraste entre la SMA y el SBAP, basado en sus objetos, funciones y atribuciones.

2.1. Un primer análisis del rol coordinador de la Superintendencia del Medio Ambiente en materia de fiscalización.

De acuerdo a los fines de esta investigación, resulta útil establecer como punto de referencia el modelo de fiscalización ambiental vigente regido por la SMA, porque los efectos de su diseño e implementación ya han sido comprobados en la práctica desde su puesta en marcha y porque resulta evidente que su creación fue pensada para establecer criterios generales de cómo debe llevarse a cabo la fiscalización ambiental en Chile, siempre teniendo en cuenta el hecho de que la biodiversidad no puede ser desvinculada del concepto de medioambiente, dado que es un componente más del mismo y debido a esto, su regulación debe estar en armonía con la regulación ambiental para llegar a ser realmente efectiva.

En primer término, y como ya anticipábamos en el Capítulo III, tenemos que en su artículo N° 2, la Ley 20.417 dispone que la SMA tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de los siguientes elementos:

- Resoluciones de Calificación Ambiental.
- Medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental.
- Contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión.
- Planes de Manejo, cuando corresponda.
- Otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

En el mismo artículo, en sus incisos 2° y 3°, se señala, además:

“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.

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 ésta que se pronuncie al respecto”¹⁴⁹.

A la luz del apartado transcrito, es claro que desde la definición misma de los objetivos de la SMA, la fiscalización se erige como un tópico de relevancia para el funcionamiento de la entidad en comento. Recordemos que dicha labor es delineada y entregada, por una parte, a la SMA en lo que respecta a las gestiones específicas establecidas en el inciso 1°, mientras que los encargados de asumir la tarea fiscalizadora en todo aquello no previsto en dicho abanico de tareas, serán los organismos sectoriales, quienes mantendrán sus facultades de fiscalización en aquellos puntos, no olvidando que, también podrán realizar actividades fiscalizadoras terceros idóneos debidamente certificados.

Asimismo, no podemos desatender el hecho de que, al establecerse que cada uno de los entes sectoriales deberán observar todos los criterios de la Superintendencia en lo relativo a la forma de realizar actividades de fiscalización, se está propendiendo a generar una uniformidad, al menos de criterios de actuación.

Continuando con el articulado de la Ley N° 20.417, y sin perjuicio de que en el Capítulo III establecimos cuatro deberes de la SMA en el ámbito de la fiscalización, estimamos pertinente destacar el siguiente listado de labores que se refieren a dicha área, con el fin de dar respuesta a las interrogantes planteadas. En concreto, el Artículo 3 del citado cuerpo legal determina que la Superintendencia tendrá, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones:

¹⁴⁹ Artículo 2°, inc. 2-3 de la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

- Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley;
- Velar por el cumplimiento de las medidas e instrumentos establecidos en los Planes de Prevención y, o Descontaminación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen de conformidad a lo establecido en esta ley;
- Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo, cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados;
- 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 Resoluciones de Calificación Ambiental o en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación que les sean aplicables;
- Requerir de los sujetos sometidos a su fiscalización y de los organismos sectoriales que cumplan labores de fiscalización ambiental, las informaciones y datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de sus funciones, de conformidad a lo señalado en la presente ley;
- Fiscalizar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales;
- Fiscalizar el cumplimiento de las demás normas e instrumentos de carácter ambiental, que no estén bajo el control y fiscalización de otros órganos del Estado.

Si bien el artículo citado realiza un listado específico de las facultades y funciones de la SMA, debemos enfocarnos en que queda aún sin resolver el problema de la superposición de facultades de los órganos con competencia en fiscalización, no contemplándose en este apartado y siguientes, por ejemplo, alguna norma de carácter imperativo que indicase qué órgano tendrá prevalencia en caso de confluencia de potestades.

En concordancia con esto, y no obstante haberse mencionado que en las Resoluciones Exentas N° 276 y 277 de la Superintendencia del Medio Ambiente se especifica en mayor detalle el procedimiento de fiscalización, resulta atingente atender lo indicado por INECE respecto al punto tratado en el párrafo anterior, afirmando que *“los sistemas de acatamiento y de ejecución ambiental deben operar como partes de un marco mayor del ciclo regulatorio ambiental”*¹⁵⁰ lo cual debe necesariamente comprender un *“reconocimiento de ciertos problemas ambientales, selección de modelos de gestión, desarrollo de la base legal, implementación de mecanismos que garanticen su acatamiento, análisis de resultados y evaluación del programa”*¹⁵¹. En otras palabras, careciendo en la actualidad nuestra legislación de un marco legal que reconozca las falencias e implemente mecanismos que garanticen la coordinación de las normas establecidas, no se verificará en la sociedad una observancia plena de las mismas, dado que, en lo que respecta a la fiscalización, no se sabrá frente a qué organismo, entidad o institución se deberá dar cumplimiento a aquellos mandatos.

Lo anterior cobra vital relevancia si consideramos que, además, *“los legisladores deben generar legislación clara, que es lo suficientemente estricta para lograr sus objetivos ambientales”*¹⁵². Si en la definición misma de la SMA se erige como pilar la gestión fiscalizadora, es lógico que su articulado debiese ser clarificador y estricto en este ámbito, de manera de dar cumplimiento a tal labor sin dar cabida a posibles puntos oscuros, lo cual dista de ocurrir en la realidad.

Parece claro que la recomendación de la OCDE realizada el año 2005 para nuestro país, sigue teniendo plena vigencia, en cuanto se debe *“desarrollar y fortalecer aún más los cambios normativos (normas, entre otros) para mejorar la salud ambiental y cumplir los compromisos internacionales de Chile”* además de *“examinar formas de fortalecer la*

¹⁵⁰ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009. p.12.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

*capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales...*¹⁵³
(OCDE/CEPAL, 2005, como se citó en Cordero, 2008, p.30).

2.2. Un primer análisis del rol coordinador del Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas en materia de fiscalización.

Dejemos de lado por un momento la Ley que crea la SMA, para hacer el símil con lo que dispone en este aspecto el Proyecto de Ley analizado en el presente trabajo. Esto nos permitirá responder a la interrogante de si la problemática planteada en el ámbito de la colisión de atribuciones, sobre todo en el marco de la fiscalización, recibe tratamiento en lo que se propone como legislación.

Ya se ha dicho que el nuevo Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas *“permitiría ordenar la institucionalidad vigente en materia de biodiversidad, esto ya que existe una multiplicidad de normas y actores que intervienen tanto en la protección actual de la biodiversidad, como en la gestión de áreas protegidas, lo que la hace una norma muy necesaria. Por tanto, si el proyecto es capaz de asumir funciones que ahora desempeñan otras instituciones, o elabora buenos mecanismos de coordinación con todo este entramado institucional, podría representar avances significativos en la preservación y conservación de la biodiversidad”*¹⁵⁴.

En concreto, y retomando lo expuesto con anterioridad, el artículo 5 del proyecto en comento indica que el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas *“tendrá por objeto asegurar la conservación de la biodiversidad en el territorio nacional, especialmente en aquellos ecosistemas de alto valor ambiental o que, por su condición de amenaza o degradación, requieren de medidas para su conservación”*¹⁵⁵.

¹⁵³ Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 30). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

¹⁵⁴ Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 6.

¹⁵⁵ República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 7487-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, artículo 5°.

Primeramente, se colige de forma llamativa que, en contraste con lo que ocurre con la Ley N° 20.417, no se logra apreciar en la definición de los objetivos de la nueva institución alguna referencia específica a tareas fiscalizadoras. Tampoco se hace alusión a una eventual simultaneidad del ejercicio de tales actividades por parte de más de una institución. Sin embargo, dicha definición es complementada por el Artículo 6, donde se enlista una serie de funciones y atribuciones de las cuales estará revestida dicha entidad. De aquella lista podemos resaltar las siguientes potestades que se refieren directa o indirectamente a la labor fiscalizadora:

- Administrar las áreas protegidas del Estado y supervisar la administración de las áreas protegidas de propiedad privada;
- Elaborar y velar por el cumplimiento de los planes de manejo de las áreas protegidas;
- Aprobar y velar por el cumplimiento de los planes de manejo en las áreas protegidas privadas;
- Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión y los permisos otorgados en las áreas protegidas del Estado;
- Implementar redes de monitoreo para conocer el estado de conservación de la biodiversidad del país y sus componentes, de manera sistemática y gradual;
- Aplicar y fiscalizar normas sobre protección, rescate, rehabilitación, reinserción, observación y monitoreo de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas;
- Fiscalizar la aplicación de la Ley General de Pesca y Acuicultura en las áreas protegidas, sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados;
- Autorizar la caza o captura en áreas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y fiscalizar el cumplimiento de la Ley sobre Caza en tales áreas y en los sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados;
- Fiscalizar el cumplimiento de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal en las áreas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, sitios prioritarios, ecosistemas amenazados y ecosistemas degradados;

- Entre otras.

De lo citado precedentemente, se deja apreciar que existe una multiplicidad de funciones que, sin ser taxativas -dado que la letra y) del Artículo 5 establece que serán funciones y atribuciones del servicio "*las demás que establezcan las leyes*"¹⁵⁶- delinear a gran escala las potestades de las que estaría dotado el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

Al igual que ocurre con la Ley 20.417, resalta en el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas una determinación más o menos clara y específica de cada una de las potestades que quedarán en manos de su institución central, esto es, el SBAP, siendo destacable el hecho de que el artículo que se refiere a este punto posee una extensión similar al del citado proyecto de ley, comprendiendo 26 letras que definen las funciones respectivas del órgano, mientras que el Artículo 3 de la Ley N° 20.417 incorpora 23, lo que por supuesto suscita la interrogante de si existe alguna confluencia de facultades que resulte problemática, lo cual desarrollaremos más adelante.

De momento, es claro que, hasta acá, tanto el sistema vigente en nuestro país como el propuesto en el Proyecto de Ley que crea el SBAP, no parecen brindar una solución al principal problema que ha acomplejado a nuestra nación en lo relativo a solventar el entramado de atribuciones que confluyen en un mismo punto, al menos desde la definición misma de sus objetivos y potestades. Trataremos de dilucidar este punto cuando nos adentremos en breve a ver qué otros puntos se proponen en cada cuerpo legal para hacerse cargo de esta temática.

Ahora bien, consideramos atingente enfocarnos de una manera crítica en el método del cual se vale cada sistema de fiscalización, de manera de realizar un examen más detallado de cuáles son las ventajas y las deficiencias que plantea cada uno de ellos en lo concerniente al procedimiento de fiscalización.

¹⁵⁶ Ibid.

3. Una mirada crítica al sistema de fiscalización vigente y el planteado por el Proyecto de Ley.

3.1. Análisis del sistema de fiscalización vigente.

Tal como ha sido abordado en el Capítulo II, la instauración de un nuevo sistema de fiscalización fue uno de los tópicos más abordados en lo que significó la aprobación de la reforma ambiental consagrada por la Ley N° 20.417. Dicha reforma significó una respuesta a las dificultades que presentaba el modelo anterior, relacionadas con diversos factores: *“el hecho de que las capacidades ambientales estuvieran localizadas en agencias sectoriales, sin una mirada puramente ambiental; la duplicidad de funciones, con el consecuente incremento de costos públicos; multas bajas; ausencia de programas y metodologías para desarrollar actividades de fiscalización ambiental apropiadas; e incentivos puestos en las sanciones en vez del cumplimiento ambiental”*¹⁵⁷.

Ya lo anticipábamos: Tras haberse realizado una revisión por parte de la OCDE y CEPAL, y *“en el marco de los compromisos adquiridos por el país, el año 2010 se promulgó la Ley 20.417 que creó el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Esta última agencia, en particular, correspondía a la recomendación de establecer un órgano de inspección ambiental específico”*¹⁵⁸.

En virtud de lo anterior, y recordando lo expuesto en el capítulo que habla sobre este punto, tenemos que, a la fecha, nuestro modelo versa sobre un sistema de fiscalización múltiple, *“a través de la propia SMA, de los órganos sectoriales e incluso por parte de terceros debidamente certificados, para limitar el denominado ‘Predominio del Enfoque Sectorial’”*¹⁵⁹.

Respecto al modo de operar, el sistema vigente consagra el establecimiento de programas anuales de fiscalización, de manera de lograr coordinar el actuar del Estado *“para así evitar*

¹⁵⁷ Bergamini, K. y Pérez, C. (2015). Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. EURE, 41(124), p.269.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid., p.270.

*el escaso control de la fiscalización y cumplimiento de órganos sectoriales, pero también la acción dispersa e inorgánica, lo cual genera muchos costos*¹⁶⁰.

Asimismo, nuestro modelo actual incorpora la implementación de un sistema de Evaluación y Certificación de Conformidad, *“con regulación de la SMA y para ser ejecutada por sujetos (privados) certificados”*, además del *“otorgamiento de amplias atribuciones, que permiten registro, requerimientos de información y citaciones de personas”*¹⁶¹.

Al efecto, no podemos negar que iniciativas como la consagración de programas y subprogramas de fiscalización significa, sin lugar a dudas, un avance relevante para erigir una fiscalización eficiente y acorde con los compromisos adquiridos por Chile. Sin embargo, cabe consignar ciertas apreciaciones negativas que desarrollaremos a continuación:

3.1.1. Alcance de la fiscalización.

Contrario a lo que se pudiese inferir en base a lo desarrollado en el punto anterior, cabe resaltar que la legislación actual en materia de fiscalización desatendió una de las recomendaciones que tanto la OCDE como CEPAL dirigieron a nuestro país en este marco.

Al margen de los esfuerzos para establecer un modelo fiscalizador y sancionador que potenciara su rol en los distintos frentes territoriales, llamativo fue que *“una de las principales sugerencias de la OCDE y CEPAL (2005) no haya sido tomada en cuenta, y que dice relación con que “el papel fiscalizador asignado a las administraciones sectoriales debería incrementarse en el ámbito regional, donde los costos de transacción y los conflictos de interés son bajos en comparación con los niveles central y local”*¹⁶².

Si bien, con la irrupción de la Ley N° 20.417 se ha logrado mejorar la *“ejecución de las actividades de inspección ambiental, muestreos, análisis y examen de información por parte de los organismos públicos que cuenten con convenio de encomendación de acciones”*¹⁶³, existe una arista que no podemos ignorar, y es que, en la práctica, ha quedado demostrado

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid., p.269.

¹⁶³ Ibid., p.270.

que se verifica una evidente desigualdad regional en lo relativo a las labores de fiscalización. En efecto, ha quedado comprobado que, durante el año 2014, por ejemplo, “el total de actividades de inspección ambiental, que se refiere a la ejecución de labores en terreno, presenta diferencias de hasta 127 veces entre la región que más ejecutó (Metropolitana de Santiago) con la que menos lo hizo (Tarapacá)”¹⁶⁴.

Lo anterior queda en evidencia al atender el cuadro siguiente, elaborado a partir de la cuenta pública de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA, 2015) y el Instituto de Estadísticas (INE,2015), que comprende las actividades de inspección ambiental ejecutadas por la SMA u organismos subprogramados durante el año 2014.

REGIÓN	ACTIVIDADES DE INSPECCIÓN AMBIENTAL 2014	POBLACIÓN 2014	TASA (POBLACIÓN/ ACTIVIDADES DE INSPECCIÓN AMBIENTAL)
Arica y Parinacota	26	235.081	9.042
Tarapacá	23	328.782	14.295
Antofagasta	49	613.328	12.517
Atacama	28	308.247	11.009
Coquimbo	27	759.228	28.120
Valparaíso	36	1.808.300	50.231
Metropolitana de Santiago	2.938	7.228.581	2.460
Libertador Gral. Bernardo O'Higgins	676	910.577	1.347
Maule	49	1.035.593	21.135
Biobío	41	2.100.494	51.232
La Araucanía	210	983.499	4.683
Los Ríos	30	401.548	13.385
Los Lagos	60	834.714	13.912
Aisén del Gral. Carlos Ibáñez del Campo	30	107.334	3.578
Magallanes y de la Antártica Chilena	31	163.748	5.282
Interregional*	18	-	-
Total	4.272	17.819.054	4.171

Cuadro extraído de Bergamini, K. y Pérez, C. (2015). *Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes*. EURE, 41(124), p.271.

Atendida la información precedente, en lo que respecta a la fiscalización ambiental, nuestra realidad versa sobre una inequidad de inspección y fiscalización dentro del territorio

¹⁶⁴ Ibid.

nacional. Esto es más claro aun cuando consideramos lo indicado por INECE, al señalar que *“las inspecciones pueden resultar muy recurso-intensivas, y por lo tanto, requieren una planificación y objetivos minuciosos. Por medio de la estandarización de procedimientos de inspecciones, las autoridades de ejecución pueden asegurar que todos los establecimientos son tratados equitativamente y que toda la información necesaria sea recolectada”*¹⁶⁵.

En efecto, es palpable un trato diferencial que propende a realizar mayores gestiones fiscalizadoras en ciertos territorios, siendo claro que *“existen vacíos de protección y desbalance geográfico en la cobertura del territorio”*¹⁶⁶. La circunstancia en comento lleva a la lamentable conclusión de que *“el enfoque sectorial de los servicios públicos, identificado como uno de los problemas en materia ambiental por la OCDE y CEPAL (2005), en vez de subsanarse con la nueva institucionalidad, paradójicamente se ha visto incrementado”*¹⁶⁷.

Lo expuesto puede deberse a múltiples factores, como por ejemplo, el hecho de que para Chile, la fiscalización ambiental *“ya no está dentro de sus funciones primarias, debido a la pérdida de atribuciones ambientales por parte de los organismos públicos, las instituciones han ido orientando o modificando las actividades de los fiscalizadores ambientales hacia otras materias sectoriales de su competencia”*¹⁶⁸.

Otra explicación a este fenómeno puede ser la pérdida de la potestad sancionatoria, debido a que el incentivo está en *“fiscalizar aquellos aspectos donde sí tengan competencia, de forma que el propio Servicio pueda sancionar y de cierta forma llevarse el “crédito político” por dicha situación”*¹⁶⁹, entre otras razones.

¹⁶⁵ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009 p.51.

¹⁶⁶ Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 5

¹⁶⁷ Bergamini, K. y Pérez, C. (2015). Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. EURE, 41(124), p.271.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid., p.272.

Frente a este escenario, no podemos sino manifestar que nos parece adecuado que las políticas de fiscalización medioambientales debiesen ir orientadas a fortalecer las potestades regionales, de manera que logren dejarse atrás las inequidades que se verifican en las distintas áreas geográficas a lo largo del país. De esta forma, concordamos con la doctrina en que *“es necesario avanzar en incrementar competencias en el ámbito regional”*¹⁷⁰, siendo el propósito de tales incrementos *“limitar los conflictos de interés y superar los desbalances territoriales mostrados en términos de fiscalización”*. Así las cosas, es menester *“avanzar en la implementación de un modelo descentralizado y efectivamente independiente de la autoridad central”*¹⁷¹.

3.1.2. El Procedimiento Sancionador.

Relacionado con las sanciones y denuncias, cuyo modo de operar ya ha sido expuesto en el presente trabajo, consideramos positivo el hecho de que la legislación vigente incorpore elementos como los incentivos al acatamiento. Estos últimos se definen como *“mecanismos que pueden utilizar los sujetos regulados que están dispuestos a reconocer y enmendar sus infracciones, así como a corregir los efectos negativos derivados de éstas, optando a determinados incentivos”*¹⁷².

El carácter beneficioso de estos incentivos puede sostenerse con resultados en la práctica, toda vez que, por ejemplo, dentro del abanico de incentivos, la presentación de los Programas de Cumplimiento ha sido la vía más empleada por los titulares, *“con 73 casos (32 en 2013 y 41 en 2014)”*¹⁷³, en contraposición a las autodenuncias, con *“6 casos en 2013 y 2014”*¹⁷⁴ y los Planes de Reparación, con *“ningún caso en 2013 y 2014”*¹⁷⁵, situación que

¹⁷⁰ Ibid., p.267.

¹⁷¹ Ibid., p.275.

¹⁷² (2018). Obtenido de <http://www.sma.gob.cl/index.php/quienes-somos/que-hacemos/promocion-al-cumplimiento/incentivo-al-cumplimiento>

¹⁷³ Bergamini, K. y Pérez, C. (2015). Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. EURE, 41(124), p.273.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid.

demuestra que existe un empleo efectivo de las distintas alternativas ofrecidas por nuestro entramado legislativo para dar cumplimiento a la normativa ambiental.

Lo expuesto encuentra asidero en el hecho de que los infractores ven una salida beneficiosa en lograr poner término al procedimiento sancionatorio con los Programas de Cumplimiento, evitando multas y también que su nombre aparezca consignado en un registro público de infractores.

Con todo, no podemos sino manifestar que es preocupante que el mismo sistema sancionatorio planteado genere dudas respecto a ciertos frentes. Específicamente, nos resulta ilógico que personas y empresas queden exentas de sanción, lo que sin duda fomenta en la misma población vinculada al rubro que no se acaten en su totalidad las normas imperativas o prohibitivas que comprende nuestra regulación ambiental, existiendo vías que permiten excluir la posibilidad de ser sujetos de sanción. Lo anterior, además de generar desconfianza en el sistema, nos lleva a concluir que el modelo de “incentivos al cumplimiento” podría perfectamente traducirse en un desincentivo, en vista de los mismos programas contemplados para tal efecto.

Por otro lado, la situación descrita escaparía de lograr enmarcarse en los principios orientadores de una fiscalización efectiva, en base a los siguientes puntos:

- a) En primer término, no se estaría dando cumplimiento al Principio Preventivo, en circunstancias que, si bien se propende a la evitación del daño ambiental, este se produce de todas maneras frente a una acción negligente o descuidada en su fase inicial. Dicho de otro modo, se desea que el perjuicio para el medio ambiente sea inexistente, pero este sí se produce, y sólo una vez producido, se genera una reacción, la cual es que el infractor presente un plan de acciones y metas para que dentro de un plazo determinado por la Superintendencia los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique¹⁷⁶.
- b) Tampoco se da cumplimiento al principio “El Que Contamina Paga”, dado que, como fue señalado, mediante el Programa de Cumplimiento se suspende el procedimiento sancionatorio.

¹⁷⁶ Artículo 2° letra g) del Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación, Decreto N° 30 del Ministerio del Medio Ambiente y Artículo 42° de la Ley N° 20.417.

- c) Por último, es claro que al considerar las vías señaladas, no se da cabal cumplimiento al Principio de Responsabilidad, en razón de que quien causa daños al medio ambiente no necesariamente debe repararlos, ni tampoco recibirá una sanción correspondiente a la infracción cometida, porque podrá acogerse al Programa de Cumplimiento y no recibir dicha sanción, equivalente a la reparación del daño.

En suma, de acuerdo a lo establecido en esta investigación y a los criterios esenciales para erigir un modelo de fiscalización ambiental efectivo, no podríamos decir que se está propendiendo a lograr el más alto nivel de cumplimiento ambiental por parte de la comunidad regulada, lo que permite colegir que queda en duda si se está cumpliendo en la actualidad con los objetivos de protección que se pensaron y establecieron a la hora de pensar la norma respectiva.

La doctrina ha indicado que *“cualquier sistema de control debe basarse esencialmente en un sistema que promueva el cumplimiento, considerando herramientas de monitoreo y utilizando la actividad sancionatoria como una de las hipótesis de desarrollo, pero no la exclusiva”*¹⁷⁷.

Consideramos que nuestra legislación debiese incorporar mejoras sustanciales, en orden a que los mecanismos consagrados para incentivar el cumplimiento logren funcionar de manera eficaz, en base a los mismos fines según los cuales fueron concebidos.

3.1.3. La situación de la superposición de potestades.

A estas alturas, es sabido que la institucionalidad encargada de resguardar la diversidad biológica en nuestro país no ha estado exenta de críticas ni dificultades palpables. La ausencia de un modelo integrado de regulación, gestión y clasificación de áreas que sean objeto de una protección oficial es un ejemplo de ello. Por su parte, tal como se indicó en el Capítulo II, nuestro sistema actual se ha caracterizado por un fuerte predominio de criterios de fomento y producción en los territorios situados fuera de las áreas protegidas. De la mano con esto, hacemos hincapié en que una de las falencias claras de nuestra legislación

¹⁷⁷ Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p.41). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

en este respecto es *“la falta de un criterio único de regulación para el resguardo de las áreas silvestres protegidas, regulación que obedece en la actualidad a la entrega de competencias sectoriales en la medida que se ha avanzado en su normativa, dispersando las potestades actuales de administración, control y fiscalización entre diferentes ministerios y servicios”*¹⁷⁸.

Como se dijo, al día de hoy diversas instituciones ostentan facultades fiscalizadoras, y que conviven con las potestades que también posee la SMA en lo relativo a la fiscalización.

Casos como la supervisión que realiza el Servicio Agrícola y Ganadero sobre la Ley de Caza; la administración de la política forestal por parte de CONAF; la fiscalización integral y gestión sanitaria que efectúa SERNAPESCA; o la gestión de conservación de los recursos hídricos que realiza la Dirección General de Aguas ilustran que *“el diagnóstico del sistema de fiscalización ambiental chileno es necesario en el marco de la demanda por mejorar el sistema institucional”*¹⁷⁹. No sólo esto, sino que también, se deja ver que es lógico que en una reestructuración de la institucionalidad se deba poner atención a los costos de la superposición de atribuciones, totalmente perjudiciales para una fiscalización eficiente que propenda a que se dé cumplimiento a la normativa ambiental.

De manera sintética, y remitiéndonos al principio de coordinación, creemos que para que una fiscalización sea efectiva e integral, las instituciones que se hallan inmersas en labores de regulación y fiscalización ambiental *“necesitan una coordinación de sus actividades y cooperación en sus trabajos, por esta razón la existencia de una autoridad de fiscalización ambiental debe encargarse de clarificar los roles y responsabilidades con otras ramas, agencias o niveles de gobierno que ejerzan alguna actividad que influya en la fiscalización ambiental”*¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 5

¹⁷⁹ Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 40). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

¹⁸⁰ Ibid., p.42.

La clarificación de los roles de las diversas instituciones no parece ser suficiente de acuerdo a lo que establece nuestra legislación en materia de fiscalización, o más bien, no pareciese que la regulación actual nos entregue claridad respecto a la coordinación que debiese tener el entramado de instituciones vinculadas al rubro fiscalizador, lo cual es un punto crucial a la hora de establecer un modelo de fiscalización eficiente e integral.

3.2. Análisis del sistema de fiscalización planteado en el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

En atención a los problemas que nuestra regulación ambiental ha presentado y que han sido comentados largamente en la presente investigación, el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de la Biodiversidad y las Áreas Protegidas nace con la intención de superar el escenario imperante, teniendo como una de sus metas consagrar un nuevo modelo de fiscalización para el amparo de la biodiversidad.

Desde una mirada general, recordemos que el órgano encargado de dar cumplimiento a la normativa relativa a la conservación de la diversidad biológica en Chile será el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, cuyas atribuciones versarán básicamente en la fiscalización del cumplimiento de los planes de manejo de las Áreas Protegidas del Estado, de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión, de los permisos otorgados en las áreas protegidas, y en general de todas las actividades que se desarrollen en estas últimas, sin perjuicio de las tareas fiscalizadoras que le sean encomendadas por parte de la SMA y otras leyes relacionadas.

Conocida ya es la forma en que operaría el procedimiento fiscalizador, mediante la labor de los guardaparques miembros del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, dentro de estas mismas áreas; y la gestión fiscalizadora que el mismo Servicio realizará fuera de dichas áreas en coordinación con los órganos sectoriales competentes, mediante convenios y encomendación de acciones.

Hace poco realizamos una mirada crítica respecto a la profunda inequidad que se logra verificar en el sistema vigente en el cual la Superintendencia del Medio Ambiente juega un papel preponderante en el rubro fiscalizador, por lo cual, corresponde ahora comprobar si el modelo propuesto en el Proyecto de Ley analizado cumple con superar dicho estándar para una fiscalización integral y eficiente.

3.2.1. Alcance de la fiscalización.

Respecto al sistema propuesto, estimamos positivo que se pretenda establecer un sistema de fiscalización que apunte a resguardar la diversidad biológica de diversas áreas del territorio nacional, independientemente del nivel de interés que históricamente han revestido para el Estado dichas localidades. Esto viene a hacer frente al escenario imperante y que rige la conservación de nuestra diversidad biológica, lo que sin duda promete ser un avance en la descentralización de implementación de políticas públicas que aspiren a preservar la biodiversidad.

Concretamente, podemos ver traducido lo mencionado en la inclusión de las áreas protegidas privadas como parte de un sistema integrado nacional y coordinado de manera estatal. Esto es más ilustrativo aún si atendemos que el Proyecto *“no sólo incorpora a los privados dentro de la conservación de forma centralizada, sino que abre todas las figuras de conservación para que estos puedan afectarse a la que más les convenga, así como incluye incentivos económicos para fomentar su afectación. El proyecto incorpora también la protección y conservación fuera de las áreas protegidas como objetivo nacional, lo que representa avances con respecto a la situación actual”*¹⁸¹.

Por otro lado, y tal como se mencionó en capítulos anteriores, creemos que en lo relativo al actual Proyecto de Ley, es sumamente beneficioso para una eventual nueva institucionalidad el hecho que se incorporen algunos nuevos principios, como la conservación y preservación de la biodiversidad y valoración de los servicios ecosistémicos, *“lo cual representa un avance importante, tanto con respecto a la situación actual como al anterior proyecto presentado”*¹⁸².

De igual manera, y en base a un análisis integral de la legislación propuesta, destaca de manera favorable el hecho de que se contemplen definiciones más exhaustivas de cada arista del Proyecto. Además, el cambio en la orientación de este último es valorable, toda

¹⁸¹ Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 6

¹⁸² Ibid.

vez que varía *“desde la protección de las especies a la de ecosistemas, representando un proyecto más integral, al menos desde el punto de vista de los principios”*¹⁸³.

Sin perjuicio de lo precedente, es crucial poner especial atención en que Proyecto de Ley comprende una clasificación de áreas protegidas públicas y privadas que resulta controversial respecto al escenario actual.

En efecto, debemos mencionar que *“la iniciativa legal reconoce solo nueve formas de áreas protegidas públicas y/o privadas, mientras que el ordinario N°130844 de 22 de mayo de 2013 del Servicio de Evaluación Ambiental reconoce 11; esto es más que las que reconoce el actual proyecto de ley”*¹⁸⁴. Razones como la esgrimida han tenido como consecuencia que se critique que el Proyecto *“no contiene una mirada sistémica respecto a las áreas protegidas, las áreas de conservación y su entorno”*¹⁸⁵.

Una situación similar se replica en el Proyecto de Ley que consagra el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas, respecto de las zonas de amortiguación, al no hacerse cargo de ellas *“a pesar de ser mencionadas en el mensaje de la Presidenta (Michelle Bachelet), donde reconoce los cuestionamientos que hace la OCDE”*¹⁸⁶. Cabe mencionar que se conoce como zona de amortiguación o tampón, *“el territorio que rodea el núcleo, o deslinda con él, y donde se realizan actividades compatibles con prácticas ecológicas acertadas que pueden contribuir a la investigación, el seguimiento, la capacitación y la educación científica”*¹⁸⁷. Dichas zonas, por tanto, no serían tratadas en el Proyecto de Ley,

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Minuta de la sociedad civil respecto a aspectos generales del Proyecto de Ley sobre Servicio de Biodiversidad y Áreas protegidas y Sistema Nacional de Áreas Protegidas. (2016). Chloris Chilensis, (1), pp.4, 5.

¹⁸⁵ Ibid., p.5.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ (2018). Obtenido de <http://www.conaf.cl/parques-nacionales/reservas-de-la-biosfera/>

en el cual, *“tampoco se menciona cómo deben ser consideradas y manejadas, ya sean éstas pertenecientes al Estado o al sector privado”*¹⁸⁸.

Por si fuera poco, también se ha criticado que en el citado Proyecto quedan sin tratamiento las *“áreas protegidas de uso múltiple, aun cuando se menciona los ‘Paisajes de Conservación’ y el uso sustentable dentro y fuera de ellas”*¹⁸⁹.

Atendido esto, en nuestro concepto, es preocupante que una de las principales aristas que están al debe en el marco histórico de nuestra regulación y fiscalización ambiental, no sea tratada de forma integral en el sistema que se propone con el Proyecto de Ley en comento. Bien podemos ver en el apartado que analiza el modelo vigente en nuestra nación que, se han favorecido ciertas áreas geográficas dentro del territorio nacional en desmedro de otras, lo cual, independientemente del criterio empleado para considerar tal accionar, perjudica irremediabilmente la preservación de la biodiversidad, al quedar fuera del marco regulatorio dichas localidades.

De otra vereda, es menester reconsiderar la forma en que operará la fiscalización propuesta en el Proyecto, en lo que respecta a la labor de los guardaparques. Como fue dicho, estos últimos serán parte del Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas, y asumirían una labor importante en lo que significa la fiscalización, comprendiendo gran parte de las tareas vinculadas a tal rubro. Sin embargo, es llamativo que no se defina una situación que resulta primordial para consagrar un modelo fiscalizador eficiente. Específicamente, *“existe un vacío respecto a quiénes serán los ministros de fe y fiscalizadores de las áreas protegidas privadas, toda vez que ellas también deberán contar con planes de manejo que deberán ser fiscalizados”*¹⁹⁰. En efecto, si bien los Artículos N° 37 y siguientes del Proyecto de Ley se refieren a la labor de los guardaparques dentro de las áreas protegidas del Estado, nada se dice sobre la suerte que tendrán las áreas protegidas privadas, quedando desreguladas en lo relativo a su fiscalización.

¹⁸⁸ Minuta de la sociedad civil respecto a aspectos generales del Proyecto de Ley sobre Servicio de Biodiversidad y Áreas protegidas y Sistema Nacional de Áreas Protegidas. (2016). Chloris Chilensis, (1), p.5.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Ibid., p.4.

Sin entrar a redundar en lo señalado respecto a lo importancia de considerar un modelo integral de fiscalización ambiental en las distintas áreas del territorio, estimamos que las situaciones descritas debiesen revestir especial atención si se pretende erigir una institucionalidad que ampare la totalidad de la biodiversidad biológica, sin dejar espacios al azar ni cabos sueltos.

Plantear una legislación y consecuente modelo fiscalizador que cumpla con lo anterior, se condecirá plenamente con lo que Chile se ha comprometido en el ámbito internacional y con lo sugerido por INECE, al estipular que *“las leyes ambientales también deben crear un marco institucional que especifique los roles y responsabilidades de las múltiples agencias e instituciones del estado. Las leyes y regulaciones deben ser claras respecto a los procesos y procedimientos que resultan en que el estado pueda ejercer una acción de ejecución”*¹⁹¹.

3.2.2. El Procedimiento Sancionador.

En el Capítulo II, se explicó el procedimiento mediante el cual el sistema propuesto en el Proyecto de Ley impartirá las sanciones respectivas frente a incumplimientos o infracciones. Como ha quedado en evidencia, podemos notar que se deja ver un sistema caracterizado por el rol de diversos actores, como el Director Regional, inspectores, entre otros. Recordemos que, de acuerdo a lo establecido en el párrafo 4° del Título V del Proyecto de Ley, se podrá dar inicio al procedimiento mediante un acta de fiscalización levantada por un funcionario fiscalizador y comunicada al Director Regional del Servicio, o bien, por denuncia de cualquier persona formulada de conformidad al Artículo 98 del mismo cuerpo legal.

En el mismo marco, y haciendo el símil con lo que ocurre con la Ley N° 20.417, creemos relevante remitirnos a los incentivos al cumplimiento contemplados en el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Áreas Protegidas. Respecto a ello, reiteramos que resulta sumamente beneficioso para la eficiencia de las normas y el acatamiento de las mismas que se instauren factores de tal naturaleza.

¹⁹¹ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009. p.26.

Concretamente, un punto a favor del Proyecto es que incorpora en el Párrafo 5° del Título V un Registro Público de Sanciones, donde deberá consignarse el nombre, apellidos, denominación o razón social, de las personas naturales o jurídicas responsables de las infracciones en las que hubieren incurrido y la sanción de las mismas. Esto viene a ser un factor ventajoso a la hora de propender a que la sociedad cumpla con lo establecido en la normativa ambiental, generándose una suerte de “monitoreo de acatamiento”, que es *“uno de los componentes claves que las agencias del estado y otros pueden utilizar para asegurarse que la comunidad regulada cumpla con las leyes y regulaciones ambientales, (...) por medio de la publicación abierta de infracciones...”*¹⁹². Dicho registro, además, estará a disposición de cualquier persona interesada, permitiéndose incluso su consulta electrónica, lo cual irá en directo cumplimiento del principio de transparencia.

En suma, sin ahondar demasiado en lo que refiere al procedimiento sancionatorio, cabe resaltar la intención legislativa de generar el mayor acatamiento posible, sirviendo el incentivo del Registro de Sanciones como una vía coadyuvante de los métodos contemplados en la legislación actual para que se cumpla con la normativa que rige y ampara a la diversidad biológica del territorio nacional. Esto, sin perjuicio de las apreciaciones que se incorporarán en el apartado siguiente.

3.2.3. La situación de la superposición de potestades.

A esta altura, habiéndose analizado diversas áreas de ambos sistemas de fiscalización, ha quedado claro que el problema de la coordinación entre las distintas entidades vinculadas a la labor fiscalizadora es un tema sin zanjar aún, en mayor o menor medida, en cada uno de los modelos.

No podemos desconocer que, con la intención de dar cumplimiento a la efectiva coordinación entre las diversas instituciones y organismos que ostentan distintas atribuciones, el Proyecto pretende que se modifiquen diversos textos legales, como la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, la Ley General de Pesca y Acuicultura, la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, la Ley de Bosques, entre otras.

¹⁹² Ibid., p.8.

No obstante, y como anticipamos al comienzo de este Capítulo, quedan aún ciertos puntos que resolver a este respecto.

Al respecto, estimamos menester detenernos en un punto específico, el cual es resolver una de las interrogantes que ha quedado pendiente durante el desarrollo de esta investigación: determinar si existen facultades de la SMA y del SBAP que puedan colisionar de manera problemática.

Debemos decir -y no de manera sorpresiva, por cierto- que la respuesta a la cuestión planteada es afirmativa. Al contrastar las diversas funciones establecidas en los artículos analizados en este Capítulo, se advierte la existencia de ciertas atribuciones que, de aprobarse el Proyecto de Ley, confluirán de manera conflictiva, siendo evidente que existirá un terreno en el cual se superpondrán potestades tanto de la Superintendencia del Medio Ambiente como del Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

Es ilustrativo al respecto lo que ocurre en el caso de la fiscalización de los llamados “Planes de Manejo”, definidos estos como *“la elaboración sistemática y estructurada de una serie de medidas que tiendan a controlar los impactos adversos y, en particular, para aquellos efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300 que sean aplicables, a mitigar, restaurar y/o compensar los impactos ambientales negativos producidos por la implementación de un proyecto en su entorno. Así también, se contempla la elaboración de una estrategia ambiental que incluye medidas de prevención de riesgos ambientales y control de accidentes”*¹⁹³. En este marco, se advierte una preocupante dualidad de funciones. Como se expuso, el Artículo 2 de la Ley 20.417 establece que la SMA tendrá por objeto, entre otras funciones, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de los Planes de Manejo, mientras que el Proyecto de Ley, en su Artículo 6 dispone que serán funciones de Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas elaborar y velar por el cumplimiento de los Planes de Manejo, tanto en las áreas protegidas como en las áreas protegidas privadas. Lo descrito lleva de manera inevitable a cuestionar la idoneidad de otorgar competencia en materia de fiscalización a un nuevo organismo,

¹⁹³ SEA Chile. (2012). Estudio de impacto ambiental proyecto modernización ampliación Planta Arauco, capítulo 5 - Plan de Manejo Ambiental y Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación. [en línea] Disponible en: http://seia.sea.gob.cl/archivos/Capitulo_5_Plan_Manejo_Ambiental.pdf [Consultado el 31 Oct. 2018].

como el SBAP, cuando dicha competencia ya se encuentra atribuida a una institución que, de acuerdo a los mismos objetivos definidos en su cuerpo legal, entiende incorporadas tales funciones.

Otro punto sumamente llamativo, es el relativo al Registro Público de Sanciones contemplado en el Proyecto de Ley como incentivo al cumplimiento. Ya se expusieron las virtudes de este tipo de iniciativas, que son innegables, sin embargo, es vital considerar que esta medida no es novedosa en la línea sancionatoria, en circunstancias que algo similar ya existe en la Ley N° 20.417. Específicamente, esta última en su Artículo 58, dispone que la Superintendencia del Medio Ambiente “*deberá consignar las sanciones aplicadas en un registro público en el cual se señalarán los nombres, apellidos, denominación o razón social, de las personas naturales o jurídicas responsables y la naturaleza de las infracciones y sanciones. Este registro deberá estar a disposición de cualquier persona que lo requiera, debiendo permitirse su consulta también por vía electrónica*”.¹⁹⁴ De lo mencionado, es manifiesta la transcripción casi textual de lo que se propone en el Proyecto de Ley, donde la potestad de registrar los antecedentes relativos a cada infracción queda radicada en el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, generándose que dicha función quede repartida en las dos instituciones.

Ejemplos como los descritos, llevan a concluir que nuestra legislación actual y la propuesta en el Proyecto de Ley, ven de lejos el principio de la Coordinación, lo que no dista de ser reflejo y reiteración de la falencia histórica de la cual ha adolecido nuestro marco regulatorio, donde “*si bien no existe un diagnóstico acabado y claro sobre el nivel de cumplimiento de la normativa ambiental en Chile, existen críticas asociadas a la dispersión y superposición de competencias fiscalizadoras...*”¹⁹⁵, lo que puede verse traducido no sólo en la simultaneidad de potestades de la SMA o el SBAP con otros órganos, sino que, además, la colisión de funciones entre ellas mismas.

¹⁹⁴ Artículo 58°, inc. 1-2, Ley N° 20.417 Que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

¹⁹⁵ Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 30). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

De la manera en que fue concebido el Proyecto de Ley, se deja ver que ámbitos tan relevantes como la coordinación de potestades y labores específicas de fiscalización se ven muchas veces dispersadas. Más aún, como fue expuesto, queda incluso sin respuesta si ciertas zonas, de acuerdo a su ubicación geográfica, serán tratadas como sujeto de inspección y consecuente protección, en pos de la conservación de nuestra diversidad biológica. Así las cosas, al día de hoy sigue siendo una pregunta constante el por qué nuestra legislación sigue ignorando su largo recorrido histórico en esta materia, caracterizado por un camino lleno de observaciones, críticas y tropezones normativos, donde la tónica ha sido una convivencia no armoniosa de diversas leyes que dotan de facultades a una multiplicidad de órganos, haciéndose caso omiso a la recomendación internacional que señala: *“cuando las leyes son propuestas y desarrolladas, los legisladores, las agencias del estado, y los grupos de interés deben obrar por comprender, cómo esas leyes afectarán a otras leyes ambientales y también a leyes en otros sectores relacionados”*¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (*Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*), INECE, 2009. p.26.

4. Conclusiones finales

La importancia que reviste la biodiversidad para nuestro planeta, traducida en su rol protagónico en frentes como la economía, política, y más aún, en la subsistencia humana, es innegable.

A lo largo de la presente investigación, ha quedado demostrado que, en lo que respecta a la labor de los diversos entes vinculados a la preservación y conservación de la diversidad biológica en Chile, se ha consagrado como tema urgente a solucionar la colisión y superposición de potestades de tales organismos.

Tareas tan significativas para un eficiente cuidado de nuestra biodiversidad como la fiscalización, han quedado subsumidas en una multiplicidad de agentes integrantes de un sistema que, no obstante haber sido objeto de reformas e innovaciones legislativas como la irrupción de la Ley N° 21.417, no ha permitido vislumbrar un escenario en que se configure una real coordinación entre dichas instituciones.

La propuesta del Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas, desde su génesis ha prometido ser aquel factor coyuntural que significaría el término de la problemática histórica descrita, sin embargo, tal como se ha dejado ver en el desarrollo de este trabajo, de promulgarse la Ley que aprueba el nacimiento de este servicio, las falencias de las cuales ha adolecido nuestro sistema no variarían de manera determinante.

De manera sintética, en atención a lo desarrollado en este trabajo, podemos concluir lo siguiente:

- a) **La eventual irrupción del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas no solucionaría las deficiencias de coordinación de los entes vinculados a la fiscalización.**

Al margen de que en el Mensaje del Proyecto de Ley existan nuevos principios, definiciones y un reconocimiento del problema histórico de la superposición de potestades, resulta profundamente ilógico que se pretenda crear un nuevo organismo cuando, ya en la actualidad cohabita un sinfín de actores que ostentan atribuciones colindantes y que se superponen de manera conflictiva.

Sumar otra institución a la larga lista de órganos que participan de tareas como la fiscalización, significaría no sólo continuar con la tónica que ha caracterizado a nuestro sistema durante décadas, sino que incluso, podría llegar a complejizarlo aún más.

Se ha señalado que la gestión final del SBAP y el desempeño sobre la protección y conservación de la biodiversidad “*dependerá de la coordinación que pueda realizar con estos organismos*”¹⁹⁷. Al efecto, ha quedado demostrado que en el Proyecto de Ley “*se aprecia una carencia de mecanismos explícitos de coordinación y reordenamiento de funciones, entre el nuevo servicio y estos distintos organismos e instituciones que históricamente han asumido las tareas que el proyecto le asigna al nuevo SBAP*”¹⁹⁸. Esto resulta preocupante, dada “*la complejidad que presupone articular un entramado institucional de esta envergadura (específicamente, asignar atribuciones y funciones a un organismo sin quitarle estas mismas a quienes las venían desempeñando)*”¹⁹⁹. Así las cosas, es claro que dicha coordinación se tornaría problemática de sumar otro ente a la larga lista de intervinientes en la labor fiscalizadora.

Por si fuera poco, al tenor de lo que ha sido expuesto en esta investigación y como se expondrá en las siguientes líneas, existen ciertas aristas que dejan en claro que, a pesar de los intentos del Proyecto de Ley por superar las deficiencias del sistema imperante en la actualidad, no se logra en él un cabal tratamiento de múltiples cuestiones cruciales a la hora de erigir un modelo que signifique un avance sustancial en la legislación medio ambiental.

b) El enfoque sectorial seguirá existiendo, de consolidarse el sistema propuesto en el Proyecto de Ley.

Ha quedado en evidencia que uno de los problemas principales en materia de fiscalización ha sido el pronunciado énfasis que se le da a ciertas áreas geográficas del territorio

¹⁹⁷ Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). Apuntes Legislativos, 26, 6.

¹⁹⁸ Ibid., pp. 13-14.

¹⁹⁹ Ibid., p14.

nacional, en desmedro de otras que reciben menor atención en lo relativo a tareas de inspección.

Con la intervención del SBAP, este tópico tampoco lograría superarse, en cuanto no existiría una mirada integral del sistema, lo cual se deja ver al atender, por ejemplo, que se excluiría del marco de la fiscalización a territorios como las zonas de amortiguación, sin perjuicio que además *“existe preocupación porque las reservas forestales y las reservas de la biósfera no estén considerados en el SNAP”*²⁰⁰ (Sistema Nacional de Áreas Protegidas).

Además, es fundamental considerar que existen múltiples interrogantes en lo que respecta a la fiscalización de las áreas protegidas privadas. Al respecto, resulta confuso que no se mencione con precisión quiénes serán los ministros de fe y fiscalizadores de tales territorios, verificándose un vacío que, irremediablemente nos hará seguir remando hacia el denominado “enfoque sectorial”, donde urge un incremento de las competencias en el ámbito regional, y que, de no verificarse, nos hará seguir privilegiando la fiscalización y tareas de inspección en determinadas localidades del país, quedando otras fuera del marco regulatorio. Todo lo cual, irá en directo detrimento de la diversidad biológica de nuestro territorio, en razón de que, al carecer de una gestión fiscalizadora en el amplio espectro geográfico de Chile, el sistema propuesto estará al debe en la preservación y conservación de la biodiversidad de nuestra nación, puntualmente en aquellas zonas no tomadas en cuenta como sujetos de fiscalización.

Directamente relacionado con lo expuesto en el párrafo precedente, estimamos que no puede limitarse el rol fiscalizador del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas únicamente a las áreas protegidas, en atención a que la biodiversidad es componente universal del medio ambiente, transversal a toda la extensión geográfica del país que habitamos.

c) El procedimiento sancionador propuesto en el Proyecto de Ley no se condice con los principios orientadores para una fiscalización ambiental efectiva propuesto por la doctrina, ni tampoco se vale de instrumentos útiles para lograr el cumplimiento de la normativa ambiental.

²⁰⁰ Ibid., p18.

Otra arista que cabe destacar, y que permite colegir que el sistema propuesto no nos acerca a un amparo efectivo de nuestra biodiversidad, es la que dice relación con el procedimiento sancionatorio. Respecto a este último, merece especial atención el hecho que instrumentos como los llamados “incentivos al cumplimiento” paradójicamente puedan derivar en un desincentivo expreso para el acatamiento de la normativa ambiental, lo que a todas luces irá en contravención de los principios orientadores de una fiscalización efectiva, expuestos a lo largo de esta investigación.

Con todo, es menester recordar que en el Capítulo III hicimos mención a aquellos instrumentos que la doctrina considera útiles para lograr el cumplimiento de la normativa ambiental, cada uno de los cuales pareciesen quedar excluidos o incorporados de manera superficial dentro del modelo propuesto en el citado Proyecto:

1. Por un lado, no podríamos decir que nos hallamos frente a un **marco regulatorio e institucional adecuado**, pues ha quedado acreditado que las normas que integran el cuerpo legal que se propone distan de estar bien diseñadas en su totalidad, existiendo vacíos y escenarios que, como señalamos, dan espacio al no cumplimiento, situación que tendrá como consecuencia que el acatamiento de las disposiciones del marco regulatorio esté en riesgo.
2. En línea con el punto precedente, respecto de los **instrumentos de promoción del cumplimiento** contemplados en el Proyecto de Ley, si bien pretenden consagrarse como políticas para eliminar penalidades bajo algunas circunstancias, queremos hacer hincapié en lo problemático o si se quiere, poco confiable que resultan los Programas de Cumplimiento, que admiten la posibilidad de eximir de sanción a quienes han incumplido la normativa ambiental, situación que más allá de incrementar la desconfianza en el sistema propuesto, consecuentemente perjudicará a las especies biológicas que habitan nuestro territorio.
3. En el campo de la **supervisión del cumplimiento**, queda de manifiesto que la fiscalización del acatamiento de las normas quedaría entregada a un amplio espectro de organismos, que en ocasiones realizarán las mismas funciones, lo que

indudablemente “podría implicar descoordinaciones y duplicación de esfuerzos y recursos”²⁰¹.

4. Quizá uno de los elementos que sí puede destacarse positivamente en el proyecto analizado para un acatamiento de mayor eficiencia, sean las **herramientas para la aplicación de la ley**, incorporándose un catálogo de infracciones y su consecuente sanción, para cuando se incumpla la normativa ambiental, tanto dentro como fuera de las áreas protegidas.
5. Por último, en lo referido a los **mecanismos de registro y seguimiento de acciones de supervisión y aplicación de la ley**, tal como mencionamos en el Capítulo anterior, destaca de manera favorable el hecho que se contemple un Registro Público de Sanciones, en que se consigne de manera clara qué persona natural o jurídica ha sido objeto de una medida sancionatoria, lo que otorgará ventajas en lo que respecta a la transparencia y por supuesto, cumplimiento de las normas.

Atendidos los elementos que se han descrito en este apartado, es del todo innegable que, sin perjuicio de la alta expectativa que se ha generado en los últimos años por la iniciativa que promete reformar el sistema imperante, para dejar atrás décadas de falencias y vacíos normativos, el escenario que se configuraría con la eventual irrupción en la vida jurídica del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y Sistema Nacional de Áreas Protegidas, no sería muy diferente al actual.

Las deficiencias normativas que presenta el Proyecto de Ley que crea el mentado Servicio se dejan ver en distintos frentes, pronunciándose de manera prominente en lo que respecta al ámbito de la fiscalización, donde se dejan ver diversas disposiciones problemáticas, como el alcance de la fiscalización, el procedimiento sancionatorio, y fundamentalmente, en lo relativo a la superposición de potestades de los órganos existentes y el que se crearía con el Proyecto de Ley.

Llama profundamente la atención que, a la fecha, no se haya tomado nota de lo que ha ocurrido a lo largo de nuestro extenso andar legislativo ambiental, en donde, a pesar de los

²⁰¹ Ibid., p13.

acuerdos internacionales suscritos por Chile, las recomendaciones de la OCDE y CEPAL y los resultados perjudiciales para nuestro ecosistema, los problemas del marco regulatorio sigan latentes e incluso, se propongan medidas que los hagan persistir.

Cada uno de los rubros que engloba la preservación y conservación de la biodiversidad, merecen un cuidado y atención especiales. Siendo la fiscalización uno de esos rubros, ha quedado demostrado que dicho ámbito no quedaría exenta de tal urgencia, la que indudablemente debe traducirse en una reforma que propenda a que los diversos agentes involucrados en la gestión fiscalizadora tiendan a alcanzar un acatamiento eficiente de la normativa ambiental, evitándose así la colisión de atribuciones que latamente hemos tratado. Como esgrimíamos en el Capítulo IV, y adhiriendo a lo planteado por el profesor Cordero, *“parece razonable que en un proceso de rediseño institucional se consideren los costos de la dispersión de competencias, lo que no sería tan complejo si operaran los sistemas integrados de fiscalización adecuados que promuevan precisamente la eficiencia para el cumplimiento.”*²⁰² De esta forma se estará apuntando, mediante la reestructuración del sistema vigente, a erradicar la brecha que impide una real coordinación de los actores involucrados en fiscalización, atendido que hoy, dicha brecha *“no sólo es una deficiencia pública, sino que también afecta el óptimo de calidad ambiental deseado”*²⁰³.

En suma, pareciese ser que las conclusiones extraídas, son las que precisamente se han reiterado durante gran parte de nuestra historia ambiental, una historia que ha ignorado en más de una oportunidad no sólo las sugerencias y acuerdos internacionales, sino que también, la importancia vital que reviste la biodiversidad como sinónimo de vida en nuestra nación.

Creemos que, en base a la información expuesta y el análisis realizado, el modelo de fiscalización ambiental que debe imperar en cualquier ordenamiento es aquel que ampara la biodiversidad, considerándose ésta como un bien jurídico valioso en sí mismo, cuyo sustrato *“no sólo comprende las múltiples especies del planeta, sino que además implica su concepción como un sistema en el cual la interacción e interdependencia entre todas*

²⁰² Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 42). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

²⁰³ Ibid.

*ellas es condición sine qua non para su propia pervivencia*²⁰⁴ y merecedor de una protección integral por parte de nuestro derecho. De este modo, suena más que razonable la idea de elaborar los sistemas de fiscalización tomando en cuenta que *“una buena evaluación de la fiscalización no depende de sí misma (número de casos fiscalizados), sino de la real protección que se le otorgue al bien jurídico protegido”*²⁰⁵.

²⁰⁴ Vía Ambiental. Análisis del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. [en línea] p.5. Disponible en: <http://geute.cl/wp-content/uploads/2016/11/Ana%CC%81lisis-Proyecto-de-Ley-que-crea-Servicio-de-Biodiversidad-y-Areas-Protegidas.pdf> [Consultado el 31 Oct. 2018].

²⁰⁵ Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 41). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Acuña Barros, A. (2011). Historia sistematizada de la Ley 20.417: definiciones, Ministerio del Medio Ambiente y órganos dependientes y Superintendencia del Medio Ambiente.

Basic, Z. & Arriagada, R. (2012). Conservación de la biodiversidad y áreas protegidas en Chile. *Revista Agronomía Y Forestal UC*, 46, 20.

Bergamini, K. y Pérez, C. (2015). Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. *EURE*, 41(124).

Bermúdez, J. (2015). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2nd ed.). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Boettiger Philipps, C. (2010). Nueva Institucionalidad Ambiental. *Actualidad Jurídica*, 22.

Centro de Políticas Públicas UC. (2014). Servicio de biodiversidad y sistema nacional de áreas protegidas: desafíos de coordinación interinstitucional. Análisis del proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12). *Apuntes Legislativos*, 26.

Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno. En *Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho*. Actas de las cuartas jornadas de Derecho Ambiental (p. 29). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Derecho Ambiental. Santiago. Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2008.

Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, (2012). Análisis del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 7487-12). Santiago

Foladori, G. & Tommasino, H. (2000). El concepto de desarrollo sustentable, 30 años después. *Desenvolvimento E Meio Ambiente*, 1.

Gálvez Valdebenito, P. y Paredes Díaz, P. (2010). Las potestades de fiscalización y sanción administrativas en materia ambiental.

GEF-PNUD-Gobierno de Chile, Ministerio del Medio Ambiente, (2011). La situación jurídica de las actuales áreas protegidas de Chile. Santiago de Chile: Andros Impresores.

Guzmán Rosen, R. (2012). Derecho ambiental chileno: principios, instituciones, instrumentos de gestión. Santiago de Chile: Planeta Sostenible.

Herrera Rubio, J. (2010). Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010.

Izco, J. (2004). Botánica (2nd ed.). S.A. McGraw-Hill /Interamericana de España.

Leal Vásquez, B. (2014). La potestad de inspección de la administración del Estado.

Maldonado Barra, A. (2016). Entidades técnicas de fiscalización ambiental. ¿Modernización o privatización de la actividad administrativa fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente?.

Mallea Álvarez, M. (2014). 27. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medioambiente. Revista De Derecho, 32.

Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental (Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook), INECE, 2009.

Manzur, M. (2005). Situación de la biodiversidad en Chile. Santiago, Chile: Programa Chile Sustentable.

Ministerio del Medio Ambiente- Subsecretaría del Medio Ambiente, (2011). Guía de apoyo docente sobre especies amenazadas y biodiversidad para la enseñanza básica. Chile: Andros Impresores.

Minuta de la sociedad civil respecto a aspectos generales del Proyecto de Ley sobre Servicio de Biodiversidad y Áreas protegidas y Sistema Nacional de Áreas Protegidas. (2016). Chloris Chilensis, (1).

Núñez, Irama, González-Gaudiano, Édgar, & Barahona, Ana. (2003). La biodiversidad: historia y contexto de un concepto. Interciencia, 28(7).

Paeile Marambio, V., Guijón Buschmann, R., & Sierralta Jara, L. (2012). Cambios recientes hacia la especialización en la institucionalidad para la conservación de la diversidad biológica. In J. Aranda, X. Insunza, S. Montenegro, P. Moraga & A. Uriarte, Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental "Visión ambiental global: Presente y futuro (1st ed., pp. 241-254). Santiago: Thomson Reuters.

Proyecto Biodiversidad en el Desarrollo (2001). Enfoque estratégico para integrar la biodiversidad en la cooperación para el desarrollo. Comisión Europea, Bruselas, Bélgica/UICN, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido.

Soto Oyarzún, L. (2014). Régimen jurídico de conservación de la biodiversidad en Chile (Doctorado). Universidad de Alicante.

Wasserman, Cheryle E. Proceedings of the International Conference on Environmental Enforcement, Budapest. Volumen 1. 1992. p 13-170; OCDE.

LEGISLACIÓN

CONAMA (2003) Estrategia Nacional de Biodiversidad.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Naciones Unidas, Río de Janeiro, Brasil, diciembre de 1993.

Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín 9404-12.

Ley sobre recuperación de bosque nativo y fomento forestal N° 20.283, del Ministerio de Agricultura.

Minuta Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Grupo de Conservación y Biodiversidad. 1° de Abril 2014.

República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 7487-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas.

República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 9404-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300: Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994

República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley 20.417: Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medioambiente, 26 de enero de 2010.

República de Chile. Ministerio del Medioambiente. 2012. Ley 20.600: Crea los Tribunales Ambientales, 28 de junio de 2012.

República de Chile. Ministerio del Medioambiente. 2013. Decreto 30: Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación, 11 de febrero de 2013.

SITIOS WEB

Boletín electrónico Geografía UC [en línea]. Santiago, Chile. Recuperado en: <<http://dx.doi.org/>>.

CONAF (Corporación Nacional Forestal) [en línea]. Santiago, Chile. Recuperado en <www.conaf.cl/nuestros-bosques/bosque-nativo/> y <<http://www.conaf.cl/parques-nacionales/reservas-de-la-biosfera/>>.

DGA (Dirección General de Aguas) [en línea]. Santiago, Chile. Recuperado en <<http://www.dga.cl/>>.

Diario El País. [en línea]. Santiago, Chile. Recuperado en: <http://elpais.com/diario/1984/11/12/sociedad/469062008_850215.html>

Fundación Proteger [en línea]. Recuperado en: <<http://www.proteger.org.ar/cierre-cumbre-mundial-johannesburgo-2002/>>. Consultado el: 10 de octubre de 2016

Libro Estrategia de Fiscalización Ambiental (2013). 1st ed. [ebook] Santiago de Chile: División de Fiscalización y Fiscalía de la Superintendencia del Medio Ambiente, p.14. Recuperado en: <http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/cat_view/4-

[publicaciones?limit=10&limitstart=0&order=date&dir=ASC](#)> Consultado el: 14 de junio de 2018

MMA (Ministerio del Medio Ambiente de la República de Chile). [en línea]. Recuperado en: <<http://portal.mma.gob.cl/segunda-evaluacion-de-desempeno-ambiental-de-la-ocde-destaca-avances-de-chile-en-fortalecimiento-de-la-institucionalidad-ambiental/>>.

Consultado el: 18 de octubre de 2016.

ONU (Organización de las Naciones Unidas) [en línea]. Recuperado en <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>>. Consultado el 11 de Octubre de 2016.

SAG (Servicio Agrícola y Ganadero) [en línea]. Santiago, Chile. Recuperado en <http://www.sag.cl/>.

SERNAPESCA (Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura) [en línea]. Santiago, Chile. Recuperado en: <<http://www.sernapesca.cl/>>.

SEA (Servicio de Evaluación Ambiental) [en línea]. Recuperado en <http://seia.sea.gob.cl/archivos/Capitulo_5_Plan_Manejo_Ambiental.pdf>.

SMA (Superintendencia del Medio Ambiente) [en línea]. Recuperado en <<http://www.sma.gob.cl/index.php/quienes-somos/que-hacemos/fiscalizacion>> y <<http://www.sma.gob.cl/index.php/quienes-somos/que-hacemos/promocion-al-cumplimiento/incentivo-al-cumplimiento>>.

Votaciones Ambientales UC. [en línea]. Santiago, Chile. Recuperado en: <<http://votacionesambientales.uc.cl/index.php>>. Consultado el: 20 julio de 2016.

Vía Ambiental. Análisis del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. [en línea]. Recuperado en: <<http://geute.cl/wp-content/uploads/2016/11/Ana%CC%81lisis-Proyecto-de-Ley-que-crea-Servicio-de-Biodiversidad-y-Areas-Protegidas.pdf>>.