



**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE POSTGRADO**

---

**DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS FISCALIZADORAS  
Y SANCIONADORAS TRAS LA LEY N° 20417:  
A PROPÓSITO DE LAS NORMAS DE EMISIÓN DE VEHÍCULOS**

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO ACADÉMICO  
DE MAGISTER EN DERECHO

JOSÉ A. HERNÁNDEZ RIERA

PROFESOR GUÍA  
DR. LUIS A. CORDERO VEGA

---

SANTIAGO, 2018

El contenido, análisis y conclusiones expresados en la totalidad de este estudio son de única y exclusiva responsabilidad de su autor.

Un avance de la investigación de la presente tesis fue publicado en la Revista de Derecho Ambiental N° 9 (2018), pp. 134-161, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, bajo el título "*Criterio de diferenciación de normas de emisión para una adecuada aplicación de la reforma ambiental: el caso de los vehículos motorizados*", por tanto, varias expresiones e ideas contenidas en dicho artículo de mi autoría, también lo están aquí.

*A mis padres, mi mujer y nuestro hijo.  
A mis abuelos.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL</b> .....	<b>6</b>
1. Problemas y soluciones interpretativas en el ámbito regulatorio .....	6
2. Principio “quien contamina, paga” .....	12
3. Diferenciación dentro de normas.....	22
3.1. Normas de proceso.....	23
3.2. Normas de producto.....	26
4. Control ex-ante y ex-post en el régimen autorizatorio .....	29
<b>CAPÍTULO II. REFORMA AMBIENTAL Y PRÁCTICA REGULATORIA</b> .....	<b>34</b>
1. Diagnóstico para la reorganización administrativa.....	34
2. Competencia exclusiva y excluyente.....	38
3. Intersección entre leyes regulatorias y práctica administrativa .....	42
4. Coordinación directiva de competencias concurrentes y excepciones .....	55
<b>CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN APLICADA A UN SECTOR</b> .....	<b>66</b>
1. Contexto histórico de la normativa de emisiones vehiculares.....	66
2. Contexto de leyes regulatorias aplicables .....	76
3. Interpretación aplicada: control ex-ante y norma de producto .....	79
3.1. Control por homologación y verificación.....	79
3.2. Control adicional en servicios de transportes .....	86
4. Interpretación aplicada: control ex-post con producto en servicio.....	89
4.1. Control por revisión técnica.....	89
4.2. Control en vía pública .....	91
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>95</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>98</b>

## ABREVIATURAS

CONAMA:	Comisión Nacional del Medio Ambiente
MMA:	Ministerio del Medio Ambiente
MININT:	Ministerio del Interior
MINENERG:	Ministerio de Energía
MINDEF:	Ministerio de Defensa
MTT:	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
SMA:	Superintendencia del Medio Ambiente
SERNAC:	Servicio Nacional del Consumidor
SEA:	Servicio de Evaluación Ambiental
SAG:	Servicio Agrícola y Ganadero
SEIA:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SERNAPESCA:	Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura
SUBTRANS:	Subsecretaría de Transportes
CGR:	Contraloría General de la República
DS:	Decreto Supremo
D:	Decreto
SISS:	Superintendencia de Servicios Sanitarios
3CV:	Centro de Certificación y Control Vehicular
MINSAL:	Ministerio de Salud
RES:	Resolución
DFL:	Decreto con Fuerza de Ley
SNS:	Servicio Nacional de Salud
SSMA:	Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente
MBN:	Ministerio de Bienes Nacionales
LOSMA:	Ley Orgánica de la SMA
MHAPST:	Ministerio de Higiene, Asistencia, Previsión Social y Trabajo
MINTRAB:	Ministerio del Trabajo
SEREMITT:	Secretaría Regional Ministerial del MTT
SRCel:	Servicio de Registro Civil e Identificación
ASR:	Autoridad Sanitaria Regional
DGA:	Dirección General de Aguas
DIRECTEMAR:	Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante

## INTRODUCCIÓN

Como es conocido, hace poco más de un lustro que, a través de las leyes N° 20417 y N° 20600, se reformó nuestra institucionalidad ambiental. La CONAMA fue reemplazada por el MMA, y se crearon el SEA y la SMA, redistribuyendo entre todos ellos las competencias en algunas materias ambientales administrativas; y, además, fue establecida una jurisdicción especializada para la resolución de ciertas materias contenciosas administrativas y civiles de índole ambiental.

La reformada institucionalidad ambiental ha permitido avances importantísimos en materia de fiscalización y sanción, a la vez que en transparencia activa y publicidad. Estos últimos avances han facilitado el estudio de la actividad llevada adelante por los organismos creados, permitiendo identificar problemas que pueden originarse en la gestión, en el diseño regulatorio, o en ambas.

Sin embargo, la transición institucional ha generado problemas entre organismos nuevos y existentes, como revelan discrepancias dirimidas ante la CGR, entre la SMA y otros servicios públicos y ministerios, como la SISS<sup>1</sup>, el MINSAL<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Dictámenes N° 25248 (2012), SMA y SISS piden aclarar “competencias fiscalizadoras y sancionatorias (respecto de) descargas de residuos industriales líquidos”; N° 298 (2014), SMA pide aclarar “procedencia de que... ejerza la potestad sancionatoria... (en) casos en que una empresa sanitaria incumple (la RCA), en lo que se refiere a las descargas de residuos industriales líquidos”; y N° 20018 (2015), SMA pide reconsiderar el dictamen anterior.

<sup>2</sup> Dictamen N° 25081 (2013), MINSAL pide aclarar “las funciones de fiscalización y sanción de las infracciones a la normativa ambiental que (le) compete (ya que la LOSMA) no derogó expresamente las disposiciones que le confieren atribuciones en ese ámbito”.

e incluso el MMA<sup>3</sup>; así como también lo reflejan las inconsistencias en las referencias a fiscalización inserta en la normativa reglamentaria ambiental, como veremos más adelante. Esto parece ser el síntoma de un problema interpretativo a nivel administrativo.

Este trabajo busca ilustrar dicho problema a partir de las normas de emisión de vehículos motorizados, que aplican en Chile desde 1978. La reforma a la institucionalidad ambiental ha abierto interrogantes acerca de las funciones que en esa materia conserva el MTT y las que tiene la SMA, y esto ha sido determinante en la práctica administrativa. Si bien el asunto parece insubstancial, en verdad es preocupante.

A fines de 2015 se detectó que la empresa alemana Volkswagen había violado el esquema de certificación de cumplimiento de límites de emisión en vehículos de producción, tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea. El diseño de sus modelos equipados con motor diésel de tecnología TDI incluyó la programación del sistema de control del motor para detectar condiciones de ensayo. Si las detectaba, el sistema de combustión variaba su operación para controlar las emisiones y cumplir el límite aplicable. El resto del tiempo, incumplía el límite aplicable, pero satisfacía el rendimiento de combustible publicitado. Es decir,

---

<sup>3</sup> Dictámenes N° 6190 (2014), “la (SMA) puede complementar la... norma de emisión, pero (no) contravenir la preceptiva fijada en ésta, ni prescindir de su aplicación”, “procede que (MMA y SMA) actúen en forma coordinada... durante los procedimientos de dictación de los instrumentos de gestión ambiental (y) en la fase de ejecución”; N° 17953 (2014), “ha dado curso a los decretos... que fijan normas secundarias de calidad ambiental (pero hace presente) que corresponde a (la SMA) fijar las metodologías”; y N° 28047 (2015), SMA pide aclarar “a qué autoridad le compete fiscalizar el cumplimiento tanto de las normas de calidad ambiental y de emisión, como de los planes de prevención y/o de descontaminación”.

para poder cumplir con la normativa de emisiones, el vehículo tenía un rendimiento de combustible inferior al publicitado; de sincerarlo, disminuiría su comerciabilidad.

Cuando nuestro país tomo conocimiento del tema, en septiembre de 2015, el SERNAC requirió información al fabricante sobre la nómina de vehículos para cada modelo cuyo certificado de homologación fue suspendido, anticipando el llamado a revisión correspondiente<sup>4</sup>. Tras esto, en octubre de 2015, el MTT suspendió los certificados de homologación de los modelos afectados<sup>5</sup>.

Curiosamente, con más de un año de retraso, en febrero de 2017, el MMA recabó información al respecto<sup>6</sup>, pero la SMA, al menos públicamente, no inició investigación alguna, a pesar de violarse flagrantemente una norma de emisión. En cambio, en Estados Unidos, Volkswagen fue investigada conjuntamente por la Agencia de Protección Ambiental y el Departamento de Justicia, y aceptó pagar una multa de USD \$ 4.300 millones<sup>7</sup>; e investigaciones adicionales han resultado en iguales acusaciones contra la empresa italiana Fiat Chrysler<sup>8</sup>.

Este panorama se complica, pues en mayo de 2015, la CGR dictaminó que la SMA debía fiscalizar las normas de emisión de vehículos motorizados, pero sin perjuicio de las atribuciones del MTT y de Carabineros de Chile<sup>9</sup>. Dicho dictamen

---

<sup>4</sup> <https://goo.gl/Q99jbp>

<sup>5</sup> <https://goo.gl/Y4x8yG>; la suspensión consta en Of. Ord. N° VC3CV/2943/2015.

<sup>6</sup> Of. Ord. N° 170759 (2017), del MMA, respondido por Of. Ord. N° 1928 (2017), del MTT.

<sup>7</sup> <https://goo.gl/FU8bzV>

<sup>8</sup> <https://goo.gl/dVTWRU>

<sup>9</sup> Dictamen N° 39993 (2015), ciudadano reclama “por la inscripción (de) dos vehículos pesados... sin que éstos cumplieran las normas de emisión ambiental”, y se dictamina que “en cuanto a la denuncia... que los aludidos camiones circularían... infringiendo las normas de emisión, cumple

evitó reflexionar sobre la competencia específica de fiscalización que tendrían la SMA y el MTT respecto de estas normas de emisión, asumiendo que la referencia que los artículos 2° y 35 letra h) de LOSMA hacen a las normas de emisión, debe tener algún efecto.

Bajo la premisa que se está frente a un problema interpretativo regulatorio, este trabajo busca mostrar como dos distinciones, entre normas de proceso y de producto, y entre momentos del control administrativo, ex-ante o ex-post a la realización material de la actividad prohibida; pueden servir como criterio interpretativo para determinar la competencia fiscalizadora que tiene la SMA respecto de las normas de emisión de vehículos motorizados.

Para dicho fin, en el primer capítulo: **(i)** expondré un marco conceptual sobre problemas y soluciones interpretativas en el ámbito regulatorio, **(ii)** precisaré aspectos del principio “quien contamina, paga”, y a partir de éste, **(iii)** presentaré la distinción entre normas de producto y de proceso, y **(iv)** indicaré la distinción entre control ex-ante y ex-post en régimen autorizatorio.

En el segundo capítulo: **(i)** revisaré el diagnóstico para la reforma a la institucionalidad ambiental de 2010, en sus aspectos relacionados con la fiscalización ambiental, **(ii)** mostraré la interpretación académica mayoritaria sobre la competencia asignada a la SMA, **(iii)** mostraré la intersección entre leyes regulatorias y

---

con remitir los antecedentes de la especie a la (SMA) para que adopte las medidas que estime pertinentes conforme a sus atribuciones legales”, “sin perjuicio de las facultades de fiscalización que... corresponden a (Carabineros de Chile), al (MTT) y a los inspectores municipales, en virtud de la Ley de Tránsito”.

como la práctica administrativa se separa de la interpretación académica mayoritaria, y **(iv)** mostraré una propuesta interpretativa de la LOSMA, que permitiría una reforma regulatoria.

En el tercer capítulo aplicaré la propuesta de interpretación: **(i)** mostraré el contexto histórico de la normativa de control de emisiones de vehículos motorizados en nuestro país, **(ii)** mostraré el contexto de leyes regulatorias aplicables, **(iii)** aplicaré la interpretación, empleando control ex-ante y norma de producto, con intersecciones con las leyes de protección del ambiente y del consumidor, y **(iv)** aplicaré la interpretación, empleando control ex-post y producto en servicio.

## **CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL**

### **1. Problemas y soluciones interpretativas en el ámbito regulatorio**

La función judicial reserva a los tribunales la calidad de intérpretes últimos de las leyes regulatorias y, desde luego, de la regulación administrativa derivada de éstas. Pero tal función se cumple sólo si se litiga sobre estos aspectos.

En cambio, luego de promulgadas estas leyes, la Administración tiene la función de dictar los actos administrativos de implementación necesarios para hacerlas cumplir, sea a través de reglamentos o de actos administrativos en sentido estricto<sup>10</sup>. Sin embargo, a diferencia de los tribunales, esta función se desempeña permanentemente.

Las leyes regulatorias pueden referirse a aspectos normativos, como las reglas aplicables directamente a los regulados o, comúnmente, a lineamientos generales para la regulación administrativa; pero también a aspectos institucionales, como las reglas de diseño orgánico de la Administración, sus agencias, sus funciones regulatorias, y sus interacciones con otros órganos.

La aprobación de las leyes regulatorias es responsabilidad del Congreso, y en nuestro caso, su diseño inicial corresponde al Presidente de la República, en

---

<sup>10</sup> CORDERO, Eduardo. *Las normas administrativas y el sistema de fuentes*, Revista de Derecho (UCN), vol. 17, núm. 1, 2013, p. 27.

su carácter de colegislador y administrador de la agenda legislativa con los mecanismos de iniciativa exclusiva, urgencia y veto presidencial. Además, por regla general, el diseño y adopción de las regulaciones administrativas derivadas de estas leyes también recae en el Presidente de la República, aunque son los diversos ministerios quienes tramitan los reglamentos necesarios para su implementación, emitidos en forma de decretos supremos. No obstante, es posible que el diseño y adopción de estas regulaciones administrativas recaiga en un servicio público con potestades normativas, emitidos en forma de resoluciones.

Por otra parte, no es infrecuente que, para lograr la promulgación de estas leyes regulatorias, las mismas se redacten con poco contenido de detalle o con zonas de ambigüedad<sup>11</sup>. Tampoco es infrecuente que estas leyes regulatorias, o las regulaciones administrativas derivada de éstas, fallen en algunos aspectos, lo que puede atribuirse a defectos inherentes a su diseño o a su pobre implementación<sup>12</sup>.

Sin embargo, la adopción de las regulaciones administrativas derivadas de las leyes regulatorias, importan un ejercicio interpretativo frente a ese poco contenido de detalle o zonas de ambigüedad. Pero esto ejercicio es, antes que nada, parte importante de la implementación de una política pública por la Administración.

---

<sup>11</sup> TAPIA, Javier, CORDERO, Luis. *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*, Estudios Públicos, núm. 139, 2015, p. 21-27.

<sup>12</sup> SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Harvard University Press, 1993, pp. 74-110.

En ese sentido, como señala Schachter, la interpretación del derecho desde la perspectiva de la organización administrativa dependerá si el objetivo para el administrador es ser asistido en lograr por medios jurídicos un resultado preferido, es decir, conseguir su meta de política pública; o ser asistido en conocer el resultado jurídicamente correcto. En el primer caso, que denomina “orientado a política pública”, ante un curso de acción predeterminado, se le deberá advertir acerca de todas las interpretaciones posibles para lograr el resultado preferido, y los riesgos involucrados en cada una de las alternativas; en el segundo caso, que denomina “orientado a reglas”, se le deberá comunicar un dictamen jurídicamente objetivo. En este último caso, afirma que la inclusión de consideraciones de política pública, no compromete necesariamente la objetividad, sobre la base que el texto de muchas normas jurídicas admite interpretaciones, debiendo elegirse entre reglas y principios igualmente aplicables, y, por tanto, la decisión interpretativa puede ser discrecional<sup>13</sup>.

Estando en el terreno de la interpretación, Sunstein reconoce que se presenta una posición tradicional, basada en el texto más el contexto. Respecto al texto, el intérprete enfrenta problemas de ambigüedad o vaguedad, de alcance por inclusión o exclusión excesivas, de vacíos intencionales o no, o de cambios de circunstancias; respecto al contexto, enfrenta problemas de estructura, propósito, intención e historia legislativa. No obstante, bajo la base que ningún texto

---

<sup>13</sup> SCHACHTER, Oscar. *The Place of Policy in International Law*, The Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 2, núm. 2, 1972, pp. 6-7.

puede prescindir del contexto, reconoce que la interpretación basada en el texto es generalmente adecuada, pero en ciertos casos incompleta<sup>14</sup>.

Esta visión de Sunstein no es incompatible con la de Ross, quien reconoce que, a menudo, el texto no ofrece una solución inequívoca, y por tanto, no se puede prescindir del contexto. Pero el punto de partida siempre es el texto, y éste puede adolecer de varios problemas.

Como señala Ross, los problemas sintácticos están referidos a la conexión de las palabras en la estructura de la frase, como el uso de adjetivos y adverbios<sup>15</sup>, si éstos califican dos o más sustantivos o verbos<sup>16</sup>, el uso de pronombres demostrativos y relativos<sup>17</sup>, y el uso de frases de modificación, excepción o condición<sup>18</sup>. Dicho autor agrega que, si a pesar de este análisis persiste la ambigüedad, la elección interpretativa se apoya en datos no lingüísticos, como el propósito de la norma<sup>19</sup>, a pesar que su determinación pueda ser problemática dada las características del proceso legislativo<sup>20</sup>, advirtiendo que escudriñar sobre el propósito no debe limitarse al propósito aislado de la ley, sino considerándola inserta en un sistema normativo<sup>21</sup>.

---

<sup>14</sup> SUNSTEIN, Cass. *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, Harvard Law Review, vol. 139, núm. 2, 1989, pp. 423-424.

<sup>15</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1963, pp. 119-120.

<sup>16</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, pp. 120-121. Por ejemplo, el art. 36 núm. 2 letra f) de la LOSMA, afirma que son infracciones graves “el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la (SMA)”. Sin el contexto, se puede afirmar que el adjetivo “urgente” califica sólo a “medidas”, pero el contexto y la consistencia indican que también califica a “instrucciones” y “requerimientos”.

<sup>17</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, pp. 122.

<sup>18</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, pp. 122-124.

<sup>19</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, p. 120.

<sup>20</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, p. 138.

<sup>21</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, p. 142.

Otro inconveniente que pueden presentar el texto, o incluso alguna de las posibilidades interpretativas del mismo, es que se produzcan problemas lógicos, tal como reconoce Sunstein, quien reconduce la ausencia de contradicciones entre normas jurídicas a partir de la interpretación, a la idea misma de Estado de Derecho<sup>22</sup>. Pero Ross apunta con más detalle a problemas lógicos como la inconsistencia, la redundancia, y las presuposiciones; destacando el primero de estos problemas, pues como reafirma Mosterín, el *minimum minimorum* de un sistema normativo es su coherencia, esto es, que sus normas no se contradigan entre sí<sup>23</sup>.

Ross afirma que hay inconsistencia si entre dos normas se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas, y esto puede adoptar tres maneras: (i) total-total, donde ninguna puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, (ii) total-parcial, donde una no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera, y (iii) parcial-parcial, donde ambas tienen un campo de aplicación en el cual entran en conflicto, pero tienen un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos<sup>24</sup>.

Para Ross, dentro de una misma ley, la inconsistencia total-parcial no es

---

<sup>22</sup> SUNSTEIN, Cass. *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, Harvard Law Review, vol. 139, núm. 2, 1989, p. 424.

<sup>23</sup> MOSTERIN, Jesús. *Naturaleza humana, biología y convención*, Estudios Públicos, núm. 131, 2013, p. 120.

<sup>24</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1963, p. 124-125.

problemática, pero efectivamente lo es para las inconsistencias total-total y parcial-parcial. Sostiene que para éstas no hay reglas generales que indiquen cómo resolver, y que la decisión de interpretación se basará en datos ajenos al texto o en la discreción<sup>25</sup>, e incluso en la valoración de las ventajas políticas de una u otra interpretación<sup>26</sup>. De forma similar, ante el mismo problema, Bobbio concluye que su solución se confía a la discreción del intérprete<sup>27</sup>. Incluso, ante inconsistencias entre dos o más leyes, Ross afirma que si bien los principios *lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior* son útiles, no son axiomas, pues en ciertos casos coexisten otras consideraciones finalistas<sup>28</sup>.

En el caso de las leyes regulatorias, y del proceso interpretativo de las mismas que resulta en la adopción de las regulaciones administrativas derivadas, también pueden producirse inconsistencias ante las mismas condiciones fácticas, e incluso, jurídicas. En ese sentido, Sunstein identifica como problemas regulatorios, la proliferación de reglas y estándares incoherentes o inconsistentes, y la desconsideración de sus efectos normativos sistémicos, que causan efectos colaterales negativos imprevistos<sup>29</sup>.

Por todo esto, en lugar del rediseño legislativo, la Administración puede revertir o mitigar los eventuales defectos inherentes de diseño de estas leyes regulatorias o su pobre implementación, por medio de la interpretación expresada en

---

<sup>25</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, p. 125.

<sup>26</sup> ROSS, Alf. *Ibíd.*, p. 126.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Temis, 2002, p. 198.

<sup>28</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1963, p. 130.

<sup>29</sup> SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Harvard University Press, 1993, p. 74 y ss.

regulaciones administrativas derivadas de dichas leyes regulatorias, e incluso, dado el caso, pueden hacerlo los tribunales, en lo que Sunstein denomina como *reforma regulatoria a través de interpretación*<sup>30</sup>.

No obstante, Sunstein advierte del cuidado que debe tener los tribunales en su labor interpretativa, resaltando entre los aspectos de índole constitucional, la coherencia lógica normativa como elemento del Estado de Derecho; entre los de índole institucional, a los relacionados con la aproximación cautelosa a la historia legislativa, y con la presunción en contra de las derogaciones tácitas; y entre los de índole reparadora, para contrarrestar las fallas en las leyes regulatorias, a los relacionados con la promoción de la coherencia y consistencia regulatoria, y con la consideración de los efectos normativos sistémicos<sup>31</sup>.

Con todas estas consideraciones presentes, este trabajo analizará aspectos de la reforma a la institucionalidad ambiental relacionados con la administración y control de un instrumento de gestión ambiental específico, como lo es la norma de emisión de vehículos motorizados. Para comenzar su estudio, es necesario comprender que es una manifestación normativa del principio de política ambiental denominado “quien contamina, paga”.

## **2. Principio “quien contamina, paga”**

---

<sup>30</sup> SUNSTEIN, Cass. *Ibíd.*, p. 111.

<sup>31</sup> SUNSTEIN, Cass. *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, Harvard Law Review, vol. 139, núm. 2, 1989, p. 468-488.

El principio “quien contamina, paga” fue aplicado intuitivamente para controlar la contaminación atmosférica, así como otros problemas ambientales, en economías industrializadas a mediados del siglo XIX, como complemento al insuficiente régimen de litigación privada, basado en servidumbres o *easements*, y en acciones posesorias y responsabilidad civil por perturbación inmaterial o *nuisances*.

Este régimen civil había respondido de disímil manera al problema de la contaminación atmosférica, pues hasta inicios de la primera revolución industrial hacia la década de 1760, el principal asunto no era la emisión de humos sino de olores asociados a residuos orgánicos de toda índole, desde domiciliarios hasta los de actividades económicas, como el transporte, entonces exclusivamente de tracción animal, mataderos y curtiembres, así como el uso de carbón para calefacción, en lugar de leña<sup>32</sup>. Pero la instalación de industrias químicas y metalúrgicas, y el aumento progresivo del uso de la potencia de vapor en fábricas y maquinarias, causó un aumento significativo de emisiones, y, por tanto, de la extensión y profundidad de sus efectos nocivos, particularmente en ciudades cada vez más densamente pobladas.<sup>33</sup>

En Inglaterra se adoptó en 1845 la *Railways Clauses Consolidation Act* es-

---

<sup>32</sup> HOFFMANN, Richard. *An Environmental History of Medieval Europe*. Cambridge University Press, 2014, p. 196-237.

<sup>33</sup> SIMMONS, Ian. *An Environmental History of Great Britain*. Edinburgh University Press, 2001, p. 120-189.

tableciendo que toda máquina ferroviaria debía diseñarse para que en su combustión “consumiera su propio humo”<sup>34</sup>. En 1847 se adoptó la *Towns Improvement Clauses Act* estableciendo que todo hogar u horno usado para máquinas de vapor o en cualquier tipo de producción manufacturera, debía construirse para que en su combustión “consumiera su propio humo”<sup>35</sup>.

Para prevenir la severísima contaminación en el aire ambiente y suelo causados por la fabricación de álcali, en 1863 se adoptó la *Alkali Act* estableciendo que “toda manufacturera de álcali que emita ácido muriático gaseoso debe abatir emisiones en un 95%”<sup>36</sup>. En 1874 se reformó, agregándole la primera norma de emisión expresada en concentración, “el ácido muriático gaseoso emitido no puede exceder un quinto de grano por pie cúbico de ácido muriático”, y además estableció que “se deben usar los mejores medios practicables” para el tratamiento de emisiones<sup>37</sup>.

En Estados Unidos, el parlamento de Ohio adoptó en 1889 una reforma a

---

<sup>34</sup> 8 & 9 Vict. c. 20. “Every locomotive steam engine to be used on the railway shall, if it use coal or other similar fuel emitting smoke, be constructed on the principle of consuming and so as to consume its own smoke”.

<sup>35</sup> 10 & 11 Vict. c. 34. “Every fireplace or furnace constructed after the passing of the special Act, in order to be used within the limits of such Act in the working of engines by steam, or in any mill, factory, dyehouse, brewery, bakehouse, gaswork, or in any manufactory whatsoever, (although a steam engine be not used or employed therein,) shall, be so constructed as to consume the smoke arising from the combustibles used in such fireplace or furnace”.

<sup>36</sup> 26 & 27 Vict. c. 124. “Every Alkali Work shall be carried on in such manner as to secure the condensation to the satisfaction of the inspector, derived from his own examination or from that of a sub-inspector of not less than ninety-five per centum of the muriatic acid gas evolved therein”.

<sup>37</sup> 37 & 38 Vict. c. 43. “and so that in each cubic foot of the air, smoke, or chimney gases escaping there is not contained more than one-fifth of a grain of muriatic acid (...) the owner of every alkali work shall use the best practicable means of preventing the discharge into the atmosphere of all other noxious gases arising from such work, or of rendering such gases harmless when discharged”.

la *Building Act (Cleveland and Cincinnati)*, que introdujo regulaciones a la construcción de hornos para la producción de vapor en dichas ciudades, ya que, de usarse dentro de su perímetro urbano, debían abatir sus emisiones<sup>38</sup>. Otras normativas aplicables a perímetros urbanos fueron adoptadas, dejando en un segundo plano la litigación civil privada<sup>39</sup>.

En Prusia se adoptó en 1848 la *Regulativ die Anlage von Dampfkesseln betreffend*, donde solo se autorizaría en ciudades la instalación de calderas de vapor que “consumieran su propio humo”, debiendo demostrar el solicitante “que los vecinos no sufren molestia o daño significativo” por las emisiones<sup>40</sup>. Esta aproximación funcionó mucho mejor que la inglesa y la norteamericana<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> 94 v. O.L. 243. “Every steam-boiler furnace used within the corporate limits of any city of the first grade of the first class shall be so constructed or altered, or have attached thereto such sufficient smoke preventives as to produce the most perfect combustion of fuel or other material from which smoke results, and so as to prevent the production and emission of smoke therefrom so far as the same is possible.”

<sup>39</sup> STERN, Arthur. *History of Air Pollution Legislation in the United States*, Journal of the Air Pollution Control Association, vol. 32 núm. 1, 1982, p. 44-46.

<sup>40</sup> Pr. GS 1848 S. 321. “Die Feuerung feststehender Dampfkessel ist in solchen Verhältnissen anzuordnen, daß der Rauch so vollkommen als möglich verzehrt oder durch den Schornstein abgeführt werde, ohne die benachbarten Grundbesitzer erheblich zu belästigen (...) Die Höhe der Schornsteinröhre bleibt ebenfalls der Bestimmung des Unternehmers überlassen, und ist nöthigenfalls von der Regierung auf Grund der Vorschrift im § 32 der allgemeinen Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 dergestalt festzusetzen, daß die benachbarten Grundbesitzer durch Rauch, Ruß c. keine erheblichen Belästigungen oder Beschädigungen erleiden. Die Höhe der Schornsteinröhre bleibt ebenfalls der Bestimmung des Unternehmers überlassen, und ist nöthigenfalls von der Regierung auf Grund der Vorschrift im § 32 der allgemeinen Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 dergestalt festzusetzen, daß die benachbarten Grundbesitzer durch Rauch, Ruß c. keine erheblichen Belästigungen oder Beschädigungen erleiden.”

<sup>41</sup> MORAG-LEVIN, Noga. *Chasing the Wind: Regulating Air Pollution in the Common Law State*. Princeton University Press, 2003, p. 104-105.

Por su parte, en 1855 se adoptó nuestro Código Civil, que mantuvo un sistema basado en servidumbres, como indica su artículo 856<sup>42</sup>, que se consideró remitía al derecho administrativo<sup>43</sup>. En 1875 se mantuvo como faltas en nuestro Código Penal, las relacionadas con salubridad y seguridad, en particular en su artículo 496 número 29<sup>44</sup>.

Todas las medidas reglamentarias adoptadas para el manejo de riesgos, de salubridad o seguridad física, debían ser cumplidas por quien generaba el riesgo, y por tanto se internalizaba el costo de prevención. Pero esto es inherente a cualquier regulación, aunque luego se adopten subsidios para financiar dichos costos. Lo que no estaba desarrollado era su base teórico económica.

A principios del siglo XX, los economistas ingleses Henry Sidgwick (1838–1900) y Arthur Pigou (1877-1959), exponentes de la escuela neoclásica y partidarios de moderar el liberalismo económico, identificaron lo que llamaron *spillover effects* o *externalities*, incluyendo problemas de salubridad y contaminación. Estos estudios buscaban aplicar principios económicos para promover el bienestar social, en lo que se denomina *welfare economics*, sentando una base teórica económica para la intervención administrativa.

Sidgwick explicó que en la actividad económica “se interfiere por motivos

---

<sup>42</sup> “Si se trata de... chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, ora sea medianera o no la pared divisoria”.

<sup>43</sup> TISNÉ, Jorge. *La teoría de las inmisiones como fundamento dogmático de la protección jurídica privada ante el ruido*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 40, 2013, p. 154 y ss.

<sup>44</sup> “...el que en contravención a los reglamentos construyere chimeneas, estufas u hornos, o dejare de limpiarlos o cuidarlos”.

distintos al económico, y por eso justificamos las regulaciones sanitarias; las restricciones a la venta de opio, brandy, y otros intoxicantes; las prohibiciones de loterías y regulaciones de lugares de entretenimiento; y medidas similares”<sup>45</sup>.

Por su parte, Pigou afirmó que “hay ejemplos de servicios incidentales no compensados”, como los recursos destinados “a la prevención de humo desde las chimeneas de las fábricas, pues en ciudades inflige una costosa pérdida no compensada a la comunidad respecto de la salud... y en otras muchas formas”<sup>46</sup>. Nótese que, en contradicción a la creencia general, el ejemplo considera que el abatimiento de emisiones es un servicio incidental no compensado, porque previene daños en terceros, y no que la emisión es una externalidad negativa que exige al Estado a intervenir obligando al emisor a abatirla. Por esto sostuvo que el Estado puede “remover la divergencia en cualquier campo a través de ‘estímulos extraordinarios’ o de ‘restricciones extraordinarias’ en las inversiones”, y que “la forma más obvia que pueden asumir estos estímulos y restricciones son, desde luego, las recompensas y los impuestos”<sup>47</sup>. Es decir, Pigou propuso como forma más simple de intervención estatal la fijación de cánones a las externalidades negativas, y el otorgamiento de subsidios a las externalidades positivas: la emisión gravada y el abatimiento subsidiado. Pero, en lugar de cánones, las normas han sido la forma más frecuente para enfrentar las externalidades negativas, lo que también obliga a internalizar costos de prevención; modalidad que Pigou

---

<sup>45</sup> SIDGWICK, Henry. *Economic socialism*. The Contemporary Review N° 50, 1886, p. 622.

<sup>46</sup> PIGOU, Arthur. *Wealth and welfare*. MacMillan & Co., 1912, pp. 158-159.

<sup>47</sup> PIGOU, Arthur. *Ibíd.*, pp. 159.

implícitamente reconoce al dar como ejemplo el abatimiento de la contaminación por humos de industrias, cuando así lo exige la regulación<sup>48</sup>.

El debate político sobre el problema económico de la contaminación llevó a que la OCDE adoptase en 1972 la *Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*. Dicha recomendación señaló que “los recursos ambientales son generalmente limitados y su uso en actividades de producción y consumo pueden llevar a su deterioro”, y que “cuando los costos de este deterioro no son tomados en cuenta adecuadamente en el sistema de precios, el mercado falla en reflejar la escasez de dichos recursos”, por lo que “las medidas públicas son necesarias para reducir la contaminación y... asegurar que los precios de los bienes que dependan de la calidad y/o la cantidad de los recursos ambientales reflejen más exactamente su escasez relativa”<sup>49</sup>.

Además, añadió que este objetivo se cumple con el principio “quien contamina, paga”, por cuanto “el contaminador debe cargar con los gastos de llevar a cabo las antedichas medidas decididas por las autoridades para asegurar que el ambiente esté en un estado aceptable”, por lo que “los costos de estas medidas deben reflejarse en los costos de los bienes y servicios que causan contaminación en la producción o el consumo”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> PIGOU, Arthur. *Ibíd.*, pp. 164-165.

<sup>49</sup> OCDE, C(72)128, principio 2.

<sup>50</sup> OCDE, C(72)128, principio 4.

Por otra parte, no cabe duda de que el citado principio aplica en la producción y consumo de bienes y servicios, cuando estos contribuyen de forma continua o crónica a la contaminación. Pero cuando en la producción de bienes y servicios se contribuye de forma accidental a la contaminación, también hay un problema de costos de su contención, control y mitigación, dando lugar a otra discusión política sobre la misma. Esto llevó a que la OCDE adoptase en 1989 la *Recommendation of the Council concerning the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution*.

Dicha recomendación señaló que el principio “quien contamina, paga”, también conlleva a “que el operador de una instalación peligrosa debe cargar con los costos de las medidas razonables para prevenir y controlar la contaminación accidental desde dicha instalación... previo a la ocurrencia de un accidente, a fin de proteger la salud humana o el ambiente”<sup>51</sup>.

Además, en 1992 este principio fue recogido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que indicó que las autoridades nacionales “deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación”<sup>52</sup>.

Si bien el contexto preventivo sobresale, el principio empieza a vincularse con la reparación del daño ambiental. En ese sentido, en 2004 la Unión Europea

---

<sup>51</sup> OCDE, C(89)99(Final), principio 4.

<sup>52</sup> Declaración de Río, ratificado por la Asamblea General de la ONU, A/RES/47/190, de 1992, principio 16.

adoptó la *Directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*. Esta indicó que en la prevención y reparación de los daños ambientales debe aplicarse el principio “quien contamina, paga”, de forma tal “que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de tales daños sea declarado responsable desde el punto de vista financiero”<sup>53</sup>.

Dicha directiva sostiene que, de acuerdo con el principio “quien contamina, paga”, un operador “que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias”<sup>54</sup>. Igualmente, establece las acciones administrativas que denomina preventiva<sup>55</sup> y reparadora<sup>56</sup>, y los criterios de determinación para estas últimas por parte de la Administración<sup>57</sup>. Pero la directiva está dirigida únicamente a éstas, por tanto, es una directiva que se implementa en sede administrativa, no en la judicial<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> CE, Directiva 2004/35/CE, considerando 2.

<sup>54</sup> CE, Directiva 2004/35/CE, considerando 18.

<sup>55</sup> CE, Directiva 2004/35/CE, cuyo art. 5 indica “cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales pero exista una amenaza inminente de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias”, y que “la autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas preventivas”.

<sup>56</sup> CE, Directiva 2004/35/CE, cuyo art. 6 indica “cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador informará sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación”, en particular, “todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales”, y que “la autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas reparadoras”.

<sup>57</sup> CE, Directiva 2004/35/CE, cuyo art. 7 indica “los operadores definirán con arreglo al Anexo II las posibles medidas reparadoras y las someterán a la aprobación de la autoridad competente”, y que “la autoridad competente decidirá qué medidas reparadoras deben aplicarse de acuerdo con el Anexo II, si fuese necesario con la cooperación del operador correspondiente”.

<sup>58</sup> CE, Directiva 2004/35/CE, cuyo art. 13 indica que aquellos administrados que soliciten a la Administración que ordene la acción preventiva o reparadora, “podrán presentar recurso ante un

En ese sentido, Valenzuela sostiene acertadamente que dicho principio “no se refiere a la responsabilidad que pueda recaer sobre los contaminadores por los daños que causen con la contaminación” y que “no busca determinar culpables ni se inmiscuye en el campo de sus obligaciones indemnizatorias”, sino que se refiere a “los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen, y no por la colectividad social en su conjunto”<sup>59</sup>. En efecto, de la lectura de estos instrumentos no es posible inferir que dicho principio se aplica a la responsabilidad civil reparatoria por daño ambiental, aun cuando algunos autores propongan lo contrario<sup>60</sup>.

Por otra parte, la internalización de las externalidades negativas tiene particularidades de política pública en su diseño e implementación, pues influyen en la competitividad económica. Por eso existe debate político sobre el problema económico del combate de la contaminación, pues la menor o mayor regulación puede producir mejoras o deterioros en la competitividad, y en este último caso, el uso de subsidios para compensar estos deterioros. En ese sentido, el Consejo de las Comunidades Europeas adoptó en 1974 la *Recommendation 75/436/Euratom, ECSC, EEC regarding cost allocation and action by public authorities on environmental matters*, que desarrolla los dos instrumentos de implementación

---

tribunal o cualquier otro órgano público independiente e imparcial sobre la legalidad, procedimental y sustantiva, de las decisiones, actos u omisiones de la autoridad competente”. A modo de ejemplo, la Ley N° 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, transpone dicha directiva al derecho español, siendo enfática en que son reglas de derecho administrativo.

<sup>59</sup> VALENZUELA, Rafael. *El que contamina, paga*, Revista de la CEPAL, núm. 45, 1991, p. 81.  
<sup>60</sup> FEMENIAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Ediciones UC, 2017, pp.111-122; MUÑOZ, Macarena. *El principio "quien contamina paga" a la luz de la legislación medio ambiental chilena*, Revista de Derecho CDE, núm. 12, 2004, p. 159-183.

del citado principio, que son los cánones y las normas, y propone excepciones al mismo<sup>61</sup>. Como señala De Sadeleer, dicha recomendación “sigue siendo indispensable para la comprensión del sentido del principio”<sup>62</sup>.

Ya que los cánones no son útiles para este trabajo, me centraré en las normas y desarrollaré su distinción entre normas de proceso y de producto, y cómo pueden servir de criterio interpretativo delimitador de la competencia de la SMA.

### **3. Diferenciación dentro de normas**

Las normativas que aplican a procesos y productos, si bien inspiradas en fines comunes, tienen una aproximación lógica diferente en su diseño, aplicación y control. Como señalé antes, la *Recommendation 75/436/Euratom, ECSC, EEC regarding cost allocation and action by public authorities on environmental matters*, entrega un marco conceptual clarificador dentro de las normas, que distingue entre (i) normas de calidad ambiental; (ii) normas de producto, que comprenden límites de composición o emisión, especificaciones de diseño o desempeño, y especificaciones de uso; y (iii) normas de proceso, que comprenden normas de

---

<sup>61</sup> CE, Recomendación 75/436, regla 6 (a), estas excepciones aplican cuando “la integración rápida del coste de la lucha contra la contaminación en los costes de producción pueda dar lugar a costes sociales más elevados”, por lo que se permite “conceder a determinados responsables de la contaminación un plazo límite para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las normas nuevas”, y “otorgar ayudas limitadas temporalmente y, en su caso, de carácter decreciente”, las que “sólo podrán aplicarse a las instalaciones de producción en funcionamiento y a los productos existentes”.

<sup>62</sup> DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: from political slogans to legal rules*. Oxford University Press, 2002, p. 29.

emisión, normas de diseño de instalaciones, y normas de explotación.

Esta distinción ha sido usada por Sands para explicar los instrumentos de regulación directa y distinguir según sus funciones, aunque en el ámbito del derecho internacional ambiental<sup>63</sup>. Además, como identifican Ziegler y Sifonios, estableciendo estándares de productos se puede controlar las propiedades físicas de los productos vendidos en el mercado interno, y por tanto el impacto físico de su uso, pero si su principal impacto ambiental se causa en el proceso de producción, se establecen estándares de procesos<sup>64</sup>. Bell también reconoce y desarrolla esta misma clasificación<sup>65</sup>, a la que también acude Betancor<sup>66</sup>.

Pero me centraré sólo en normas de proceso y de producto, explicándolas con algunos ejemplos de la normativa nacional.

### **3.1. Normas de proceso**

En sentido estricto, las normas de proceso tienen como objetivo garantizar la seguridad de un proceso industrial de elaboración de productos, y por tanto constituyen especificaciones o límites que deben cumplirse en la construcción, operación y desmantelamiento de sus instalaciones.

---

<sup>63</sup> SANDS, Phillippe. *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 156-158.

<sup>64</sup> ZIEGLER, Andreas, SIFONIOS, David. *The assessment of environmental risks and the regulation of Process and Production Methods (PPMs) in International Trade Law*, en *Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law*, Oxford University Press, 2017, p. 219.

<sup>65</sup> BELL, Stuart. *Environmental Law*, Oxford University Press, 2013, p. 237-241.

<sup>66</sup> BETANCOR, Andrés. *Derecho Ambiental*, La Ley, 2014, p. 776-777.

De esta forma, se establecen **(i) normas de emisión**, que indican los niveles límites de contaminantes o perturbaciones que no deberán sobrepasarse en las emisiones a los medios acuático o atmosférico, procedentes de puntos de descarga de instalaciones fijas, como las que aplican a instalaciones de fundición de metales<sup>67</sup>, de generación térmica de electricidad<sup>68</sup>, de fabricación de cementos<sup>69</sup>, de elaboración de celulosas<sup>70</sup>, y de procesos en general<sup>71</sup>.

Por su parte, se establecen **(ii) normas de diseño de instalaciones**, que indican las especificaciones a cumplir en el diseño y construcción de instalaciones fijas, como diseños para evitar emisiones fugitivas<sup>72</sup> o la percolación de fluidos<sup>73</sup>, el uso de productos certificados como componentes o partes de la instalación<sup>74</sup>, entre otros, a fin de proteger el medio ambiente.

---

<sup>67</sup> DS N° 28 (2013), del MMA, norma de emisión para fundiciones de cobre y fuentes emisoras de arsénico.

<sup>68</sup> DS N° 13 (2011), del MMA, norma de emisión de centrales termoeléctricas.

<sup>69</sup> DS N° 29 (2013), del MMA, norma de emisión para incineración, coincineración y coprocesamiento.

<sup>70</sup> DS N° 37 (2012), del MMA, norma de emisión de compuestos TRS, generadores de olor, asociados a la fabricación de pulpa kraft o al sulfato.

<sup>71</sup> DS N° 90 (2000), del MSGP, norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales; DS N° 4 (1992), del MINSAL, norma de emisión de material particulado a fuentes estacionarias puntuales y grupales en la Región Metropolitana.

<sup>72</sup> DS N° 66 (2009), del MSGP, plan de prevención y descontaminación atmosférica para la Región Metropolitana, art. 107 establece que ciertas instalaciones de almacenamiento de combustibles líquidos derivados del petróleo deberán estar equipados con elementos que permitan capturar los vapores durante las operaciones de carga de combustibles.

<sup>73</sup> DS N° 4 (2009), del MSGP, reglamento para manejo de lodos generados en plantas de tratamiento de aguas servidas, art. 12 establece que el diseño y operación del sitio de almacenamiento de lodos estabilizados deberá considerar un sistema de impermeabilización y de control de gases y olores, que debe impedir el escape o migración de líquidos, lateral y de fondo, y deberá consistir en una lámina sintética de polietileno de baja densidad de al menos 0,76 mm de espesor instalada sobre una capa de arcilla de espesor no inferior a 30 cm y una conductividad hidráulica no superior a 10<sup>-7</sup> cm/s.

<sup>74</sup> DS N° 160 (2008), del MINECOM, reglamento de seguridad para las instalaciones y operaciones de producción y refinación, transporte, almacenamiento, distribución y abastecimiento de combustibles líquidos, art. 83 establece que todo tanque enterrado y sus tuberías anexas, previo

Además, se establecen **(iii) normas de explotación**, que indican las especificaciones que deberán cumplirse en la explotación de las instalaciones fijas, como prácticas operacionales<sup>75</sup>, la prohibición de ciertos productos como insu-  
mos<sup>76</sup>, entre otros, también a fin de proteger el medio ambiente.

Las instalaciones industriales, a diferencia de los productos tangibles, no son fabricadas en serie o en lote, sino a pedido, con especificaciones a la medida de las necesidades del inversionista, esto es, para satisfacer los requerimientos normativos aplicables y los niveles de producción necesarios para rentabilizar la inversión. Lo mismo sucede con instalaciones de infraestructura civil, cuyo producto es la provisión de servicios de soporte para transporte por redes<sup>77</sup>, o de servicios de nodos<sup>78</sup>. Entonces, a diferencia de los productos, donde se permite dar por certificado la totalidad de la producción en serie o en lote con el examen de una muestra representativa del modelo; para los proyectos de instalaciones industriales, infraestructura civil, o de ciertos servicios calificados, es necesario evaluarlos aisladamente, uno por uno.

---

a su cubrimiento, debe contar con certificaciones de hermeticidad, protección contra la corrosión y anclajes.

<sup>75</sup> DS N° 28 (2013), del MMA, norma de emisión para fundiciones de cobre y fuentes emisoras de arsénico, art. 15 remite a prácticas operacionales para reducir emisiones al aire ambiente.

<sup>76</sup> DS N° 75 (2012), del MSGP, reglamento que establece normas aplicables a las importaciones y exportaciones de las sustancias agotadoras de la capa de ozono, los volúmenes máximos de importación y los criterios para su distribución, el que incluye un listado de sustancias controladas prohibidas; RES N° 8231 (2011), del SAG, que prohíbe fabricación, importación, exportación, distribución, venta, tenencia y uso de plaguicidas con clordecona, alfa-hch, beta-hch y pentaclo-robenceno, endosulfán, ala-cloro y aldicarb.

<sup>77</sup> Como carreteras, acueductos, líneas de transmisión y distribución eléctrica, etc.

<sup>78</sup> Como estaciones modales e intermodales de transporte, plantas de generación eléctrica, de tratamiento de aguas, de almacenamiento de residuos, etc.

Algunos aspectos de estas normas se incluyen en nuestra legislación ambiental, en las letras o) y m) del artículo 2° de la Ley N° 19300, respecto de las normas de emisión, y dentro de ellas, el concepto de mejores técnicas disponibles, y el artículo 10, en cuanto establece un catálogo de proyectos y actividades que deben someterse a evaluación de impacto ambiental, que permite incorporar regulación sectorial en forma de normas de diseño de instalaciones y normas de explotación.

### **3.2. Normas de producto**

Las normas de producto tienen como objetivo establecer niveles de seguridad de un producto, y por tanto constituyen especificaciones o límites que por diseño éste debe cumplir para su producción y comercialización.

De esta forma, como señalé antes, se establecen **(i) límites de composición o emisión**, que indican los niveles aceptables de riesgo a la salud humana o al medio ambiente causados por un componente o un desecho del producto, como son los límites de composición de azufre en combustibles líquidos<sup>79</sup>, o los límites de emisión de partículas y gases que será desechado por vehículos motorizados<sup>80</sup> o calefactores residenciales<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> DS N° 60 (2011), del MINENERG, especificaciones de calidad de combustibles que indica; y DS N° 456 (1997), del MINECOM, requisitos para combustible que indica.

<sup>80</sup> DS N° 211 (1991), del MTT, normas de emisión de vehículos motorizados livianos.

<sup>81</sup> DS N° 39 (2011), del MMA, norma de emisión de material particulado, para los artefactos que combusionen leña y pellet de madera.

También se establecen **(ii) especificaciones de diseño o desempeño**, que indican las propiedades o las características de fabricación de un producto para cumplir con fines ambientales directos e indirectos, como son los requerimientos de eficiencia energética en refrigeradores<sup>82</sup>, motores eléctricos de inducción trifásicos<sup>83</sup>, ampollitas<sup>84</sup>, y calefactores<sup>85</sup>, o el marcado o etiquetado de estas características<sup>86</sup>.

Además, se establecen **(iii) especificaciones de uso**, que obligan a instruir e informar los usos permitidos, prohibidos, recomendados o no recomendados de un producto, por medio del marcado, etiquetado o comunicado de estos usos<sup>87</sup>.

Para la comprobación del cumplimiento de estas especificaciones o límites, se establecen procedimientos de atestación de la conformidad de los productos. Al tratarse de productos de un proceso industrial, mayormente producidos en serie o en lotes, estos procedimientos contendrán ensayos e inspección sobre muestras del producto, y también inspección del proceso.

---

<sup>82</sup> RES N° 74 (2014), del MINENERG, estándar mínimo de eficiencia energética para refrigeradores de uso doméstico.

<sup>83</sup> RES N° 3 (2017), del MINENERG, estándar mínimo de eficiencia energética para motores eléctricos de inducción trifásicos.

<sup>84</sup> RES N° 60 (2014), del MINENERG, estándar mínimo de eficiencia energética para ampollitas.

<sup>85</sup> DS N° 39 (2011), del MMA, norma de emisión de material particulado, para los artefactos que combusionen leña y pellet de madera, art. 7°.

<sup>86</sup> DS N° 64 (2013), del MINENERG, procedimiento para la elaboración de las especificaciones técnicas de las etiquetas de consumo energético y normas para su aplicación; DS N° 61 (2012), del MINENERG, reglamento de etiquetado de consumo energético para vehículos motorizados livianos y medianos que indica; y RES N° 47 (2014), del MINENERG, etiqueta de consumo energético de calefactores a leña.

<sup>87</sup> RES N° 2195 (2000), del SAG, requisitos que deben cumplir las etiquetas de los envases de plaguicidas de uso agrícola.

Al respecto, normalmente se aplica algún esquema que puede ser reconocido en el sistema de certificación ISO/IEC 17067:2013<sup>88</sup>, y que contiene tres etapas sucesivas: (i) selección, que comprende actividades de planificación y preparación de la información necesaria para la siguiente etapa, como el muestreo, (ii) determinación, que comprende actividades de obtención de información necesaria para la siguiente etapa, como el ensayo, la inspección y la auditoría, y (iii) revisión y atestación, que comprende actividades de verificación, y eventualmente de afirmación de la conformidad. No obstante, si la certificación debe mantenerse, se requiere de vigilancia.

El número de muestras representativas respecto del tamaño de la serie o lote depende de consideraciones de seguridad, por tanto, ciertos requisitos críticos pueden requerir más muestras, incluso puede ser necesario someter a determinación la totalidad de la serie o lote. Esta última opción se utiliza para productos que requieren máxima confiabilidad, como los que se utilizarán en actividades riesgosas por severidad del impacto, para reducir su probabilidad de ocurrencia, por ejemplo, el transporte y almacenamiento de sustancias peligrosas.

No obstante, por motivos de seguridad, ciertos productos deben ser revisados periódicamente durante su uso. Esto se denomina inspección en servicio, y forma parte de las especificaciones de uso, al indicarse un calendario de revisiones técnicas preventivas, dado que se conoce una tasa de falla del producto o sus componentes. Esta tasa es calculada estadísticamente, a través de ensayos

---

<sup>88</sup> Sustituyó al sistema de certificación ISO/IEC 67:2004

destruictivos o por investigación tras accidentes catastróficos.

Este esquema preventivo es habitual en productos con riesgo de accidente de alta severidad en impacto, como aviones<sup>89</sup>, buques<sup>90</sup> o vehículos –cuyo esquema explicaré en este trabajo–, así como en instalaciones y equipamiento con riesgo similar, como calderas<sup>91</sup>, oleoductos e instalaciones conexas<sup>92</sup>, plantas de gases combustibles licuados e instalaciones conexas<sup>93</sup>, todos los cuales son sometidos periódicamente a inspecciones.

#### **4. Control ex-ante y ex-post en el régimen autorizatorio**

La última parte de este marco conceptual es la distinción entre control ex-ante y ex-post en un régimen autorizatorio, que también servirá como criterio interpretativo delimitador de la competencia de la SMA.

Como señala García de Enterría, es posible distinguir entre dos modelos abstractos de intervención administrativa de ordenación o policía, uno represivo

---

<sup>89</sup> DS N° 270 (1996), del MINDEF, sobre aeronavegabilidad, art. 3.1.1 establece obligación de renovar periódicamente el certificado de aeronavegabilidad.

<sup>90</sup> DS N° 248 (2004), del MINDEF, sobre reconocimiento de naves y artefactos navales, art. 22 establece obligación de obtener y renovar los certificados de seguridad.

<sup>91</sup> DS N° 10 (2014), del MINSAL, sobre calderas térmicas, arts. 42 y 43, para calderas de vapor, y arts. 62 y 63, para calderas de calefacción y de fluidos térmicos, establecen los requerimientos y periodicidades para la inspección de estas instalaciones y equipos.

<sup>92</sup> DS N° 160 (2008), del MINECON, sobre seguridad de instalaciones y operaciones de producción y refinación, transporte, almacenamiento, distribución y abastecimiento de combustibles líquidos, art. 7 bis establece obligación de certificación de conformidad en etapas de diseño y construcción, e inspecciones periódicas de instalaciones de combustibles líquidos.

<sup>93</sup> DS N° 67 (2011), del MINENERG, sobre seguridad en plantas de GNL, art. 15 establece que toda planta de GNL deberá contar con una certificación de conformidad respecto de las disposiciones y normas técnicas de dicho reglamento para las etapas de diseño y construcción, y su art. 29 establece que deberá realizar inspecciones de tercera parte cada 5 años.

y otro preventivo. En el modelo represivo hay una completa regulación previa de la actividad, no se requiere el control administrativo inicial, por tanto, existe libertad para su ejercicio, y su control es posterior al inicio de la actividad regulada. En el modelo preventivo, aunque también hay una completa regulación previa de la actividad, se requiere el control administrativo inicial, por tanto, existe restricción a la libertad para su ejercicio, y su control es anterior al inicio de la actividad regulada, pero también posterior<sup>94</sup>. En ese sentido, el modelo preventivo tiene como base una prohibición relativa general, que puede ser levantada con una autorización, tras una actividad de comprobación de la adecuación normativa del proyecto propuesto.

Por su parte, Bermúdez señala que para la intervención administrativa se cuenta con tres clases de poderes: (i) la reserva de autorización, (ii) la regulación, y (iii) la potestad sancionadora; destacando que como la protección del medio ambiente es de interés y relevancia para la colectividad, los instrumentos de ordenación o de policía tienen un rol trascendental en su consecución<sup>95</sup>.

Sin embargo, Bermúdez plantea que la distinción entre policía preventiva y represiva se relaciona con el orden público, y si éste último se mantiene se actúa preventivamente, caso contrario se actúa represivamente, investigando y sancionando dicha alteración<sup>96</sup>. En cambio, como señalé, García de Enterría plantea la

---

<sup>94</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Temis, 2008, pp. 101 y ss.

<sup>95</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 40, 2013, p. 426.

<sup>96</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, 2014, p. 321.

misma distinción, pero diferenciando entre antes y después de la autorización. Por su parte, Domenech indica que los controles pueden llevarse a cabo antes o después de un determinado momento, siendo por tanto ex-ante o ex-post, pero señala que hay desacuerdo en cuanto a ese punto temporal de referencia para la distinción<sup>97</sup>. Volveré sobre este tema más adelante.

El modelo de intervención administrativa normalmente combina etapas preventivas y represivas, y puede tener un esquema complejo que incluye: (i) prohibición relativa general, (ii) procedimiento administrativo para decisión de autorización negativa o positiva, (iii) control de cumplimiento de prohibición relativa general y de decisión de autorización positiva, y (iv) sanción por incumplimiento del punto anterior. Este esquema aplica igualmente en caso de concesiones, variando sólo el fundamento de la prohibición, que es la reserva formal de la actividad para la Administración, y que existe un régimen concesional, en lugar de uno autorizatorio.

El esquema anterior es reconocible en el caso del SEIA. Del análisis de la Ley N° 19300 y la LOSMA se observa que contiene (i) prohibición relativa general en los artículos 8 y 10 de la Ley N° 19300, (ii) procedimiento administrativo para decisión de autorización negativa o positiva, en el artículo 14 de la Ley N° 19300<sup>98</sup>, (iii) control de cumplimiento de prohibición relativa general, en la letra i) del artículo 3° de la LOSMA, y de decisión de autorización positiva, en la letra a)

---

<sup>97</sup> DOMENECH, Gabriel. *¿Mejor antes o después? Controles públicos previos versus controles públicos posteriores*, Papeles de Economía Española, núm. 151, 2017, p. 48.

<sup>98</sup> DS N° 40 (2012), del MMA, Reglamento del SEIA.

del mismo artículo, y (iv) sanción por incumplimiento de prohibición relativa general, en la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, y de decisión de autorización positiva, en la letra a) del mismo artículo. Como mostraré adelante, respecto de las normas de emisión de productos se ha establecido un sistema similar<sup>99</sup>.

El control ex-ante existe bajo el régimen autorizatorio, y aunque éste tiene varias modalidades, en todas está presente de forma explícita o implícita la eliminación individual de la citada prohibición. En ese sentido, en 2006, la Unión Europea adoptó la *Directive 2006/123/EC on services in the internal market*, que define régimen autorizatorio como “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio”.

En cambio, el control ex-post se refiere a la comprobación del cumplimiento de decisión de autorización positiva y de reglamento de actividad. Pero si el punto de referencia para diferenciar entre ex-ante y ex-post es la autorización, el control del cumplimiento de prohibición relativa general no puede incluirse en alguno de ambos, justamente porque su incumplimiento presupone la falta de autorización. Faltando la autorización, falta el punto de referencia. Para evitar este problema, en este trabajo, el momento que permite diferenciar entre control ex-ante y ex-post no será la autorización, sino la realización material de la actividad que modifica la realidad física –como son las actividades descritas en el artículo 10 de la

---

<sup>99</sup> Ver infra pp. 46 y ss.

Ley N° 19300– y que está prohibida.

\* \* \*

Para establecer el marco teórico, he introducido el tema explicando que el marco regulatorio naturalmente debe ser interpretado por la Administración, y que es posible a través de dicho proceso corregir las fallas regulatorias de implementación o incluso las fallas de diseño; esto se denomina reforma regulatoria a través de la interpretación. Después he mostrado lo que creo es el correcto alcance del principio “quien contamina, paga”, y su expresión a través de normas, para introducir la diferencia dentro de éstas entre normas de productos y de procesos; por último, he mostrado la diferencia entre control ex-ante y ex-post en un sistema autorizatorio.

En el siguiente capítulo expondré el diagnóstico para la reforma a la institucionalidad ambiental de 2010, únicamente en sus aspectos relacionados con la fiscalización ambiental; mostraré la interpretación académica mayoritaria sobre la competencia asignada a la SMA; mostraré la intersección entre leyes regulatorias y como la práctica administrativa se separa de la interpretación académica mayoritaria; y mostraré una propuesta interpretativa de la LOSMA, que permitiría una reforma regulatoria. Esto permitirá una mejor comprensión de cómo el problema regulatorio tiene un origen interpretativo, y como hay una opción para el mejor funcionamiento del sistema.

## **CAPÍTULO II. REFORMA AMBIENTAL Y PRÁCTICA REGULATORIA**

### **1. Diagnóstico para la reorganización administrativa**

El diagnóstico que justificó la reforma ambiental, en específico respecto de la fiscalización ambiental, está contenido en el mensaje del proyecto, afirmándose que el sistema entonces vigente “es marcadamente fragmentado” y “carece de la definición de adecuados programas de fiscalización, de metodologías públicamente conocidas, con énfasis en la sanción y en la fiscalización en terreno, sin modelos de integración, ni siquiera para los instrumentos de expresión multi-sectorial”<sup>100</sup>.

El proyecto se inclinó por un sistema de fiscalización basado en el principio de coordinación, por eso la redacción propuesta del artículo 2° de la LOSMA expresaba que la SMA “tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de (los instrumentos de gestión ambiental)... cuando corresponda” y que “los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, de conformidad a lo establecido en la presente ley”<sup>101</sup>.

Respecto de dicho proyecto, Sierra había observado que “no facilita la función unificadora que se pretende, y que se necesita para racionalizar la tarea de

---

<sup>100</sup> BCN, Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 13.

<sup>101</sup> BCN, Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 29.

fiscalización ambiental, hoy afectada de una poco racional superposición de competencias sectoriales”<sup>102</sup>, que se necesita “una Superintendencia que absorba todas las competencias fiscalizadoras”<sup>103</sup>, y que “parece carecer de un mecanismo institucional establecido para resolver la eventual tensión que se produzca entre la Superintendencia y los órganos sectoriales sobre la forma de diseñar y ejecutar la fiscalización. Sólo ordena ‘evitar’ la duplicidad, pero esto es más una exhortación a la voluntad que un mecanismo institucional”<sup>104</sup>.

Durante la discusión legislativa, varios expertos comentaron ese diseño en un sentido similar, por ejemplo, Barton señaló que “(provocaría) el traslape de funciones y competencias con otros Ministerios y Servicios”<sup>105</sup>; Durán señaló que “(es) una superintendencia coordinadora, que no deroga las potestades de los otros organismos competentes, sino que los coordina a través de... programas de fiscalización”<sup>106</sup>; mientras que Pinochet indicó que “el artículo 2°, inciso segundo... es claramente contradictorio con el espíritu general de la iniciativa que es la de concentrar las potestades fiscalizadoras en un solo órgano especializado, el cual está a cargo de la dirección absoluta del sistema de fiscalización, en cuyo caso los organismos sectoriales estarían supeditados completamente”<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> SIERRA, Lucas. *Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades*, Estudios Públicos, núm. 111, 2008, p. 89.

<sup>103</sup> SIERRA, Lucas. *Ibíd.*, p. 99.

<sup>104</sup> SIERRA, Lucas. *Ibíd.*, p. 92.

<sup>105</sup> BCN. Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 119.

<sup>106</sup> BCN. Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 155.

<sup>107</sup> BCN. Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 161.

Tras estas apreciaciones, el Ejecutivo se refirió a las alternativas disponibles para abordar la “duplicidad de competencias con otros servicios”, y señaló que estaría dispuesto a “explicitar la competencia que concentra la Superintendencia a fin de evitar duplicidad”<sup>108</sup>.

Finalmente se hizo la indicación, y el Ejecutivo declaró que “con la creación de la Superintendencia se pretende terminar con las duplicidades de fiscalización... primero se debe estar a la materia e instrumentos que corresponden a las facultades de la Superintendencia, y respecto de ellos, todos los otros organismos sectoriales quedan excluidos”, y que “lo que define la fiscalización... es el instrumento de gestión (ambiental), si hay... la competencia... es de la Superintendencia y los servicios se subordinan a ella”<sup>109</sup>. Pero no quedó claro en qué consistían “exclusividad” y “subordinación”.

El diagnóstico estuvo centrado en los problemas de fiscalización de resoluciones de calificación ambiental, lo que es un síntoma que Sierra denomina “seización”, que “parece haberse consumido buena parte de la energía de la regulación ambiental”<sup>110</sup>, y que provocó una irreflexión acerca del funcionamiento y fiscalización de los demás instrumentos. La extrapolación de conclusiones del ámbito de las resoluciones de calificación ambiental, se evidenciaron en diagnósticos correctos pero genéricos, como los que señalaba Cordero, que indicaba que

---

<sup>108</sup> BCN. Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 179.

<sup>109</sup> BCN. Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 214 y ss.

<sup>110</sup> SIERRA, Lucas. *Ibíd.*, p. 73.

“el sistema de institucionalidad ambiental descansa sobre la base de la coordinación, sin producir efectos de derogación de las competencias sectoriales”<sup>111</sup> y que “una de las características comunes del modelo de fiscalización chileno es su completa sectorialización”<sup>112</sup>.

Este problema fue advertido por Asenjo, quien señaló la ausencia de una evaluación en profundidad del efectivo funcionamiento de la institucionalidad ambiental existente, e indicó que ante esto “por una parte, aplicamos a fondo lo que no hemos aplicado hasta ahora, o por la otra, sin un diagnóstico que nos oriente, transformamos sustancialmente lo que no hemos aplicado”<sup>113</sup>.

En definitiva, el artículo 2° de la LOSMA expresó que la SMA “tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de (los instrumentos de gestión ambiental) cuando corresponda” y que “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”.

Esta redacción, además de lo dispuesto en el Título II de la LOSMA respecto de la programación y subprogramación de la fiscalización, ha provocado problemas interpretativos.

---

<sup>111</sup> CORDERO, Luis. *Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno*, en Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Legal Publishing, 2008, p. 33.

<sup>112</sup> CORDERO, Luis. *Ibíd.*, p. 34.

<sup>113</sup> ASENJO, Rafael. *Institucionalidad pública ambiental: ¿Aplicación o transformación?*, en Revista de Derecho Ambiental (CDA), núm. 3, 2009, p. 231.

## 2. Competencia exclusiva y excluyente

Se ha sostenido repetidamente que el inciso segundo del artículo 2° determina la derogación tácita de las competencias de fiscalización ambiental de los demás ministerios y servicios públicos respecto de las normas de calidad, normas de emisión –salvo el caso de la SISS bajo la malinterpretada excepción del artículo 61 de la LOSMA–, y planes de prevención y descontaminación, y desde luego, de las resoluciones de calificación ambiental.

Incluso la CGR alcanza tal conclusión, basada en una interpretación sobre la historia legislativa, y una frase del artículo 22 de la LOSMA, que señala que la SMA “también encomendará dichas acciones (de fiscalización) a los organismos sectoriales, cuando corresponda”; y dictaminó que “(un) organismo sectorial, sólo debe fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental... en la medida que esa Superintendencia le encomiende la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización”, haciendo presente además que “se aprobó un convenio de encomendación de acciones de fiscalización entre dicha entidad y la Subsecretaría de Salud Pública”<sup>114</sup>. Esta interpretación destaca por su sencillez, pero tiene inconsistencias lógicas y efectos regulatorios indeseados e imprevistos.

Al repasar las opiniones académicas sobre fiscalización ambiental tras la aprobación de la Ley N° 20417, la conclusión es muy similar, todos coinciden en

---

<sup>114</sup> Dictamen N° 25081 (2013).

que la SMA tiene competencias exclusivas para fiscalizar las materias indicadas en el artículo 2 de la LOSMA, sin embargo, no hacen el ejercicio de aplicación de dicha conclusión al marco regulatorio de cada materia específica, problema con el que si se han enfrentado el MMA y la SMA.

De esta manera, Astorga sostiene que la SMA “concentra o debería concentrar la totalidad de la acción fiscalizadora del Estado en materia ambiental”<sup>115</sup>, y que “el análisis del cumplimiento normativo se realiza a través de organismos sectoriales con competencia ambiental”<sup>116</sup>.

Fernández indica que, dada la redacción del artículo 2° de la LOSMA, la SMA no puede estar ajena “a ninguna fiscalización de disposiciones ambientales, aunque haya organismos que tengan la facultad directa para hacerlo, situación que no estará ajena a problemas”<sup>117</sup>, pero Cannoni, Osorio y Riesco sostienen que dicha norma “es absolutamente clara y tajante al establecer la competencia exclusiva y excluyente de la Superintendencia para ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización”<sup>118</sup>.

Por su parte, Bermúdez afirma que la SMA “posee facultades de fiscalización exclusiva sobre los instrumentos a que se refiere el artículo 2°”, y que “los demás órganos sectoriales con competencia en la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental... no pueden ejercerlo de manera directa, a menos...

---

<sup>115</sup> ASTORGA, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno*. Abeledo Perrot, 2012, p. 271.

<sup>116</sup> ASTORGA, Eduardo. *Ibíd.*, p. 274.

<sup>117</sup> FERNANDEZ, Pedro. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, Legal Publishing, 2013, p. 128.

<sup>118</sup> CANNONI, Leslie, et al. *El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental...*, Revista de Derecho Ambiental, núm. 5, 2015, p. 139.

que hubieren sido incluidos en un subprograma de fiscalización”<sup>119</sup>; pero contradictoriamente reconoce que, de la lectura del artículo 2° “puede desprenderse... que las competencias fiscalizadoras, aparentemente, no fueron concentradas en la Superintendencia”<sup>120</sup>.

Además, Bermúdez introduce una distinción entre “la potestad fiscalizadora directa, y la forma en que ella se lleva a cabo”, y que para la SMA “es posible encontrar disposiciones que dan cuenta de una potestad de fiscalización directa... y otras que la sitúan en una posición de dirección de la fiscalización que lleven a cargo otros órganos”<sup>121</sup>, pero luego señala que “el carácter exclusivo de las competencias no implica la pérdida de facultades fiscalizadoras por parte de los organismos sectoriales, sino que éstas quedan supeditadas a la SMA”<sup>122</sup>.

Riquelme, Medina y Bustos sostienen que la SMA tiene como objeto “mejorar la gestión de fiscalización ambiental, organizando y coordinando el seguimiento y fiscalización de instrumentos de carácter ambiental, evitando la multiplicidad de esfuerzos en una misma dirección” y que “se podrían manifestar dificultades en la coordinación, teniendo como antecedente la experiencia de CONAMA”<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental Chileno*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, p. 433.

<sup>120</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Ibíd.*, p. 453.

<sup>121</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Ibíd.*, p. 456.

<sup>122</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, *Revista de Derecho* (Valparaíso), núm. 40, 2013, p. 440-441.

<sup>123</sup> RIQUELME, Paulina, et al. *Nueva institucionalidad ambiental: criterios de diseño para el desarrollo regulatorio*, *Actualidad Jurídica*, núm. 23, 2011, p. 244-245.

Boettiger afirma que la SMA “debe administrar un sistema integrado de fiscalización ambiental, destinado a garantizar el debido cumplimiento de las regulaciones ambientales... (y) también colabora con los demás organismos con competencia ambiental en su función de fiscalización”<sup>124</sup>.

Por su parte, Plumer afirma que la SMA es “un órgano con competencias en fiscalización y sanción sobre instrumentos de carácter ambiental y no sobre componentes ambientales... con competencias fiscalizadoras preventivas y correctoras, bajo un complejo modelo de gestión (los programas y subprogramas de fiscalización)”<sup>125</sup>.

Asimismo, Mallea ha afirmado que la SMA “ostenta facultades de fiscalización exclusivas sobre los instrumentos a que se refiere el artículo (2°) anterior... 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”<sup>126</sup>.

Por último, Cordero ha sostenido que la competencia de fiscalización es sustitutoria, por cuanto “implica que la actuación de un órgano no puede entrar en juego sino en defecto de la actuación de otro a quien primariamente corres-

---

<sup>124</sup> BOETTIGER, Camila. *Nueva institucionalidad ambiental*, Actualidad Jurídica, núm. 22, 2010, p. 447-448.

<sup>125</sup> PLUMER, Marie. *Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental*, en Anuario de Derecho Público UDP, 2013, p. 310.

<sup>126</sup> MALLEA, María. *La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile*, Revista de Derecho CDE, núm. 32, 2014, p. 139-140.

pondería, como sucede en el caso de la (SMA) cuando un servicio sectorial incumple sus obligaciones en un programa de fiscalización”<sup>127</sup>.

Enseguida expondré acerca de varias interrogantes sobre esta interpretación, revisando la práctica regulatoria.

### **3. Intersección entre leyes regulatorias y práctica administrativa**

Como señalé, la interpretación que atribuye exclusividad a las competencias fiscalizadoras de la SMA, parte de la base que el artículo 2° de la LOSMA ha derogado tácitamente las competencias de organismos sectoriales para la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental o para el permiso ambiental integrado. Esto necesariamente parte de la base que dichas leyes regulatorias sectoriales, expresamente asignaban dichas competencias.

Respecto de todos los instrumentos de gestión ambiental, en los decretos supremos respectivos que los contienen, es posible reconocer que, tanto antes como después de la reforma ambiental, todos tenían referencias a los organismos que los fiscalizaban. Pero en sí estos decretos supremos no asignan competencia alguna, esto sólo corresponde a la ley.

En ese sentido, si se analizan los decretos supremos que contenían dichos instrumentos antes de la reforma a la institucionalidad ambiental, se descubre

---

<sup>127</sup> CORDERO, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2015, p. 199.

que tenían referencias a organismos que no tenían competencias sobre el instrumento sino sobre el receptor directo, como son los cuerpos de agua, la atmósfera o el suelo, o indirecto, como lo son los humanos y otros seres vivos; y en otros casos, sobre los procesos o productos que incidían en estos.

En el caso de las normas primarias de calidad ambiental, cuyo objeto de protección es el receptor indirecto humano; si el receptor directo era un cuerpo de agua<sup>128</sup> o la atmósfera<sup>129</sup>, se hacía referencia a que el control era efectuado por la ASR.<sup>130</sup>

En el caso de las normas secundarias de calidad ambiental, cuyo objeto de protección son los receptores indirectos que son los otros seres vivos distintos al humano; si el receptor directo era un cuerpo de agua o la atmósfera, se hacía referencia a que el control era efectuado, en el primero, por la DGA y el SAG<sup>131</sup>, o la DGA y DIRECTEMAR,<sup>132</sup> y en el segundo, por el SAG<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> En ese sentido, el DS N° 144 (2008), del MSGP, normas de calidad primaria para la protección de las aguas marinas y estuarinas aptas para actividades de recreación con contacto directo, cuyo art. 10 indica “corresponderá a la Autoridad Sanitaria respectiva, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente norma, aplicando para ello las regulaciones y procedimientos establecidos en el Código Sanitario y demás regulaciones pertinentes”.

<sup>129</sup> En ese sentido, el DS N° 143 (2008), del MSGP, art. 10. También el DS N° 113 (2003), del MSGP, norma de calidad primaria para SO<sub>2</sub> emitido a la atmósfera, cuyo art. 11 indica “corresponderá a los Servicios de Salud del país, y en la Región Metropolitana al Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente norma”

<sup>130</sup> Dado lo dispuesto en los arts. 76 y 89 del Código Sanitario.

<sup>131</sup> En ese sentido, el DS N° 75 (2009), del MSGP, normas secundarias de calidad para aguas continentales superficiales de la cuenca del río Serrano, cuyo art. 10 indica “corresponderá a la (DGA) y al (SAG) fiscalizar el cumplimiento de las normas secundarias de calidad ambiental comprendidas en el presente decreto”. En esto es determinante que se trate de aguas continentales no navegables, pues se excluye a DIRECTEMAR.

<sup>132</sup> En ese sentido, el DS N° 122 (2009), normas secundarias de calidad para las aguas del lago Llanquihue, cuyo art. 10 indica “corresponderá a la (DGA) y a la (DIRECTEMAR) controlar el cumplimiento de las normas secundarias de calidad ambiental contenidas en el presente decreto”.

<sup>133</sup> En ese sentido, el DS N° 22 (2009), del MSGP, norma de calidad secundaria para SO<sub>2</sub> emitido a la atmósfera, cuyo art. 10 indica “la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de la

Pero para todos estos organismos, de acuerdo a sus leyes regulatorias sectoriales, no se indica referencia expresa al control de normas de calidad ambiental<sup>134</sup>. Por tanto, no ha podido derogarse tácitamente ninguna norma legal que les asignase competencias a partir del instrumento de gestión ambiental.

En el caso de las normas de emisión es algo distinto, pues debe distinguirse entre las contenidas en normas de proceso o de producto. Además, existen referencias expresas en leyes regulatorias sectoriales a dicho instrumento.

Respecto de las contenidas en normas de proceso, en caso de emisiones a la atmósfera, la fiscalización correspondía igualmente a quien tuviera asignada la competencia respecto del receptor indirecto, la ASR<sup>135</sup>, eventualmente junto con el SAG<sup>136</sup>.

En caso de emisiones a cuerpos de agua, existe una referencia expresa al

---

presente norma le corresponderá a las Direcciones Regionales del (SAG)...". Es determinante que se trate de aguas continentales navegables, aunque queda la duda por la ausencia del SAG.  
<sup>134</sup> En ese sentido, para la DGA, el art. 298 letras b) y c), le asignan competencias para monitorear la calidad y cantidad de las aguas, para su conservación y protección, y para su fiscalización, remitiendo al art. 172 bis y siguientes, todos del Código de Aguas. Para DIRECTEMAR, el artículo 3 letra m) del DFL N° 292 (1953), le asigna competencias para fiscalizar y controlar todos esos cuerpos de agua. Para el SAG, el art. 3 letra k) de la Ley N° 18755, le asigna competencias para fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias sobre contaminación de recursos agropecuarios.

<sup>135</sup> En ese sentido, el DS N° 167 (1999), del MSGP, norma de emisión de compuestos TRS en plantas de celulosa, cuyo art. 12 indica "la fiscalización de la presente norma corresponderá a los Servicios de Salud... en la Región Metropolitana... corresponderá al Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente". Además, el DS N° 146 (1997), del MSGP, norma de emisión de ruidos molestos por fuentes fijas, cuyo art. 2 indica "corresponderá a los Servicios de Salud del país, y en la Región Metropolitana, al Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente norma...".

<sup>136</sup> En ese sentido, el DS N° 165 (1998), del MSGP, norma de emisión de arsénico, cuyo art. 35 indica "corresponderá a la Autoridad Sanitaria y al (SAG) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones... en forma coordinada y conforme a sus atribuciones".

instrumento en la ley regulatoria sectorial de la SISS, aunque limitada a las empresas de servicios sanitarios concesionadas, es decir, al proceso;<sup>137</sup> pero esta misma referencia no existe en los casos de la ASR o DIRECTEMAR. Acá los criterios de asignación se complican.

En caso de descargas a cuerpos de agua superficiales, para delimitar la competencia, se debía distinguir entre aguas navegables y no navegables. En el primer caso fiscalizaría DIRECTEMAR; pero en el segundo caso hay que nuevamente distinguir respecto de la concesión sanitaria, si hay correspondería a la SISS, sino a la ASR. Por eso, esta norma refiere a los tres organismos.<sup>138</sup>

En caso de descargas a aguas subterráneas, para delimitar la competencia solamente se debía distinguir si hay o no concesión sanitaria, por eso la norma solo hace referencia a la SISS y la ASR.<sup>139</sup>

En caso descargas a sistemas de alcantarillados, al llegar necesariamente a una planta de tratamiento de una empresa de servicios sanitarios, la fiscalización correspondería a la SISS o la ASR.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> En ese sentido, el art. 2 de la Ley N° 19549 indica “corresponderá a la (SISS) la fiscalización... del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias...”, pero muy en particular el art. 11D indica “en ejercicio de su facultad de verificar el cumplimiento de las normas de emisión...”.

<sup>138</sup> En ese sentido, el DS N° 90 (2000), del MSGP, norma de emisión de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales, cuyo art. 7 indica “la fiscalización de la presente norma corresponderá a la (SISS), a la (DIRECTEMAR y a los Servicios de Salud, según corresponda”.

<sup>139</sup> En ese sentido, el DS N° 46 (2002), del MSGP, norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas, cuyo art. 27 indica “la presente norma será fiscalizada por la (SISS) y los Servicios de Salud respectivos, según corresponda”.

<sup>140</sup> En ese sentido, el DS N° 609 (1998), del MSGP, norma de emisión de residuos industriales líquidos a sistemas de alcantarillado, cuyo art. 7 indica “corresponderá a los prestadores de servicios sanitarios la fiscalización del cumplimiento de esta norma, sin perjuicio de las facultades de

Por tanto, la única norma que ha podido derogarse tácitamente es la de la SISS, que efectivamente asigna competencias a partir del instrumento de gestión ambiental. Sin embargo, dicha derogación está expresamente controvertida de acuerdo al artículo 61 de la LOSMA, a pesar de contradecir lo dispuesto en el artículo 3 letra n) de la misma ley, que señala expresamente que le corresponde a la SMA “fiscalizar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales”.

Respecto de las contenidas en normas de producto, nuevamente hay una excepción, relacionada con el MTT, pues existe una referencia expresa al instrumento<sup>141</sup>; pero dichas normas nunca remitieron su fiscalización a ningún organismo, presumiblemente porque forman parte de un procedimiento autorizatorio, como veremos más adelante<sup>142</sup>. No obstante, ha podido derogarse tácitamente las normas legales que les asignaban competencias a partir del instrumento de gestión ambiental, pero respecto del vehículo motorizado como producto sujeto a un procedimiento autorizatorio para su primera venta.

En el caso de los planes de prevención y de descontaminación ocurrió algo similar. Las medidas incluidas dentro de estos instrumentos son muy variadas, y

---

inspección y supervigilancia que corresponden a la (SISS)... A los Servicios de Salud les corresponderán las atribuciones de orden general que en materia de salud pública les confiere la ley”.

<sup>141</sup> En ese sentido, el art. 82 de la Ley N° 18290 indica “los vehículos motorizados deberán estar equipados, ajustados o carburados de modo que el motor no emita materiales o gases contaminantes en un índice superior a los permitidos”, e incluso su art. 198 núm. 22, establece como infracción gravísima “conducir un vehículo sin revisión técnica de reglamento, de homologación o de emisión de contaminantes vigentes o infringiendo las normas en materia de emisiones”.

<sup>142</sup> En ese sentido, ni el DS N° 211 (1991), del MTT, norma de emisión para vehículos motorizados livianos, ni el DS N° 55 (1994), del MTT, norma de emisión para vehículos pesados, tenían referencia alguna a su fiscalización, aunque se señalaba que correspondía al MTT implementarlos.

van desde prohibiciones de ciertas actividades, hasta incluir normas de producto, en su forma de límites de composición o emisión, como los límites de composición de azufre en combustibles líquidos<sup>143</sup>, o los límites de emisión de partículas y gases que será desechado por vehículos motorizados<sup>144</sup>, aunque en estos casos se modificaba igualmente la regulación separada que los contenía<sup>145</sup>. Por tanto, tampoco ha podido derogarse tácitamente alguna norma legal que les asignase competencias a partir del instrumento de gestión ambiental.

A pesar de lo anterior, con el predominio de la interpretación que aboga por la derogación tácita de competencias fiscalizadoras por instrumento de gestión ambiental y la radicación en exclusividad de la misma en la SMA, la práctica regulatoria a partir de 2010 se revela enigmática.

Al revisar los artículos relacionados con la fiscalización y control de las diversas normas de emisión de vehículos motorizados vigentes, y su adecuación a la LOSMA, se observa que se limitan a señalar que la fiscalización corresponde a la SMA “sin perjuicio de” las facultades del MTT o viceversa<sup>146</sup>. En cambio, las

---

<sup>143</sup> En ese sentido, el DS N° 66 (2009), del MSGP, plan de prevención y descontaminación de Santiago, cuyo arts. 29 y ss. indicaban especificaciones de calidad de combustibles.

<sup>144</sup> En ese sentido, el DS N° 66 (2009), del MSGP, plan de prevención y descontaminación de Santiago, cuyo arts. 8, 11, 18, y 20 a 23, establecen normas de emisión para diversos vehículos motorizados.

<sup>145</sup> En ese sentido, el DS N° 66 (2009), del MSGP, plan de prevención y descontaminación de Santiago, cuyo arts. 29 y ss., a su vez fueron incluidos como modificaciones de los decretos supremos pertinentes, como muestra el art. 140. De forma idéntica, los arts. 8, 11, 18, y 20 a 23, a su vez fueron incluidos en los arts. 142 a 146 del mismo plan.

<sup>146</sup> Como el DS N° 211 (1991), del MTT, norma de emisión para vehículos motorizados livianos, cuyo art. 13 indica “corresponderá la fiscalización... al (MTT)... sin perjuicio de las atribuciones que le correspondan a la (SMA)”, y el DS N° 55 (1994), del MTT, norma de emisión para vehículos pesados, cuyo art. 13 indica “la (SMA) fiscalizará la presente norma de emisión sin perjuicio de las atribuciones (del MTT)”.

normas de emisión de fuentes estacionarias dictadas tras la LOSMA establecen que su fiscalización corresponde sólo a la SMA, y no asignan función alguna a otros servicios públicos, considerados incompetentes para fiscalizar estos instrumentos<sup>147</sup>.

Un tanto similar revelan los planes de prevención y de descontaminación, como muestran de forma ejemplar el plan para el Valle Central de la Región de O'Higgins<sup>148</sup>, que adopta la posición de competencias absolutas para todas las medidas, mientras que el plan para Coyhaique adopta la posición de competencias independientes o compartimentadas según medidas<sup>149</sup>.

Es que este instrumento, junto a las normas de emisión insertas en normas de productos, no fueron adecuadamente previstos en la reforma institucional. El ejemplo más notorio es el plan para la Región Metropolitana, donde las medidas

---

<sup>147</sup> Como el DS N° 13 (2011), del MMA, norma de emisión para centrales termoeléctricas, art. 7 indica “corresponderá el control y fiscalización del cumplimiento... a la (SMA)”; el DS N° 29 (2013), del MMA, norma de emisión para incineración, coincineración y coprocesamiento, art. 15 indica “corresponderá el control y fiscalización de la presente norma de emisión a la (SMA)”; el DS N° 28 (2013), del MMA, norma de emisión para fundiciones de cobre, art. 11 “corresponderá el control y fiscalización del cumplimiento del presente decreto a la (SMA)”; y el DS N° 37 (2012), del MMA, norma de emisión de compuestos TRS en plantas de celulosa, art. 13 “corresponderá el control y fiscalización del cumplimiento del presente decreto a la (SMA)”.

<sup>148</sup> DS N° 15 (2013), del MMA, plan de descontaminación atmosférica para el Valle Central de la Región de O'Higgins, art. 47 “...la fiscalización y verificación (del) presente decreto será efectuada por la (SMA)... corresponderá exclusivamente a la (SMA) el ejercicio de la potestad sancionadora respecto del incumplimiento (del) presente decreto...”.

<sup>149</sup> DS N° 46 (2015), del MMA, art. 15 “...se prohíbe en la zona saturada, el uso de leña en calefactores... que no cumplan... la Norma NCh2907... La fiscalización... y sanción... corresponderá a (SEREMI de Salud)...”; art. 34 “...se prohíbe, en la zona saturada, el uso del fuego para la quema de rastrojos... en los terrenos agrícolas, ganaderos o de aptitud preferentemente forestal... la fiscalización... corresponderá al (SAG) y a (CONAF)... la sanción respectiva estará sujeta a la regulación sectorial...”; y artículo 62 “...la fiscalización del... presente Plan será efectuada por la (SMA) o por los organismos sectoriales...”.

de tránsito, como la restricción vehicular, y las vías exclusivas y reversibles, coherentemente deberían ser fiscalizadas y sancionadas en exclusividad por la SMA. Para tener una idea del volumen de trabajo que sería traspasado bajo dicha interpretación, la SEREMITT de la Región Metropolitana informó a la SMA que en 2015 detectó 214.333 infracciones a dicho instrumento<sup>150</sup>.

Precisamente para evitar lo anterior, la práctica administrativa contradujo la interpretación mayoritaria, como evidencian los “programas integrados de fiscalización” para períodos de gestión de episodios críticos, dictados por la SMA. En dichos programas, la SMA se limita a ser un mero receptor de información, sin fiscalizar ni sancionar<sup>151</sup>, lo que se ha consolidado con el nuevo plan de la Región Metropolitana<sup>152</sup>. Incluso, el citado plan incluye normas de emisión insertas en normas de producto, como ocurre con la maquinaria fuera de ruta, donde indica que corresponde a la SMA otorgar autorizaciones, lo que desdibuja por completo el objetivo de la reforma institucional<sup>153</sup>.

De forma también consistente con la citada interpretación mayoritaria, du-

---

<sup>150</sup> SMA. Informe Consolidado de Ejecución GEC 2015, p. 15.

<sup>151</sup> RES N° 269 (2017), de la SMA, Programa Integrado de Fiscalización Año 2017, para el Plan Operacional de Gestión de Episodios Críticos del PPDA RM.

<sup>152</sup> DS N° 31 (2016), del MMA, cuyo art. 119 indica que “el programa de fiscalización comprende un reporte semanal de los resultados de la fiscalización de las medidas aplicadas durante todo el transcurso del período de GEC, y un consolidado al final de cada periodo, para cuya elaboración los servicios competentes enviarán a la (SMA) la información correspondiente”.

<sup>153</sup> DS N° 31 (2016), del MMA, cuyo art. 19 inciso final indica que “los fabricantes de maquinaria móvil fuera de ruta nueva o sus representantes legales en Chile, distribuidores o importadores, deberán acreditar mediante un certificado de origen ante la (SMA), que el tipo o familia de motor de la maquinaria nueva cumple con lo exigido en la Tabla III-8, la Tabla III-9 o la Tabla III-10 según corresponda”.

rante esta etapa de transición, se firmaron convenios de encomendación de acciones de fiscalización con otros servicios públicos, y se subprogramaron estas normas de emisión, en consideración de la vigencia de artículos redactados bajo la distribución de competencias anterior a la LOSMA<sup>154</sup>.

Sin embargo, la SMA recientemente sustituyó estos convenios por una instancia administrativa de coordinación, denominada Red Nacional de Fiscalización Ambiental<sup>155</sup>, pero aun así subprograma a servicios públicos que, de acuerdo a lo dictaminado, son incompetentes para fiscalizar dichas normas en ausencia de convenio de encomendación de acciones. Todo esto se ha realizado sin que se indique cuál es la base legal para la asignación presupuestaria a esos servicios públicos incompetentes para fiscalizar dichas normas de emisión, o bajo qué modalidad administrativa se haría la encomendación.

Esta interpretación además conllevó necesariamente a la inclusión en la programación de fiscalización ambiental del 2013, de un programa de la SMA y un subprograma del MTT para las normas de emisión de vehículos motorizados<sup>156</sup>. Pero sus consecuencias se apreciaron como negativas, siendo quizá la

---

<sup>154</sup> Como el DS N° 167 (1999), del MSGP, norma de emisión de compuestos TRS en plantas de celulosa, art. 12 “la fiscalización... corresponderá a los Servicios de Salud”, el DS N° 165 (1998), del MSGP, norma de emisión de arsénico, art. 35, “corresponderá a la Autoridad Sanitaria y al (SAG) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones... en forma coordinada y conforme a sus atribuciones”; o el DS N° 45 (2007), del MSGP, norma de emisión para incineración y coincineración, art. 16 “la fiscalización... corresponderá a la Autoridad Sanitaria y al (SAG)... en forma coordinada y conforme a sus atribuciones”.

<sup>155</sup> RES N° 673 (2015), de la SMA.

<sup>156</sup> RES N° 877 (2012), de la SMA.

más controvertida la posibilidad de sancionar a propietarios de vehículos motorizados incumplidores de la norma de emisión respectiva. Finalmente, la SMA eliminó el programa y el subprograma para estas normas de emisión<sup>157</sup>, situación que se hizo permanente<sup>158</sup>.

En resumen, como ya he señalado en otra oportunidad<sup>159</sup>, esta interpretación tiene inconsistencias, lo que, unido a la práctica administrativa igualmente inconsistente, se traduce en confusión respecto al ámbito material de las potestades fiscalizadoras de la SMA.

Esta confusión parece haber permeado en nuestros autores, con algunas afirmaciones que considero son contradictorias.

En ese sentido, como indiqué antes, Bermúdez introduce una distinción entre “la potestad fiscalizadora directa, y la forma en que ella se lleva a cabo”, y que para la SMA “es posible encontrar disposiciones que dan cuenta de una potestad de fiscalización directa... y otras que la sitúan en una posición de dirección de la fiscalización que lleven a cargo otros órganos”<sup>160</sup>, pero luego señala que “el carácter exclusivo de las competencias no implica la pérdida de facultades fiscali-

---

<sup>157</sup> RES N° 909 (2013), de la SMA.

<sup>158</sup> RES N° 1 (2014), N° 771 (2014), N° 1221 (2015), y N° 1208 (2016), todas de la SMA.

<sup>159</sup> HERNANDEZ, José. *El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjà vu?*, Revista de Derecho Ambiental, núm. 7, 2017, p. 26.

<sup>160</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Ibíd.*, p. 456.

zadoras por parte de los organismos sectoriales, sino que éstas quedan supeditadas a la SMA”<sup>161</sup>. Lo anterior es una contradicción lógica, pues si la competencia es exclusiva, no pueden tenerla otros organismos.

Por su parte, como indiqué antes, Cordero ha sostenido que la competencia de fiscalización es sustitutoria, por cuanto “implica que la actuación de un órgano no puede entrar en juego sino en defecto de la actuación de otro a quien primariamente correspondería, como sucede en el caso de la (SMA) cuando un servicio sectorial incumple sus obligaciones en un programa de fiscalización”<sup>162</sup>. Pero también hay acá una contradicción lógica, pues si se sostiene que la SMA tiene una competencia exclusiva sobre una materia, necesariamente el organismo sectorial es incompetente sobre esta misma, y en dicho caso, no operaría la sustitución de competencias.

Pero la contradicción se puede eliminar si se sostiene que hay competencias concurrentes, aunque asignadas por criterios de atribución distintos, a la SMA por el instrumento de gestión ambiental, y al otro servicio por la legislación referida a la protección de receptores o de regulación de actividad.

En todo caso, debe concederse que la redacción del artículo 2° de la LOSMA, extensible al artículo 35, tiene problemas sintácticos y lógicos, que resultan en la necesidad de un esfuerzo adicional de interpretación.

---

<sup>161</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 40, 2013, p. 440-441.

<sup>162</sup> CORDERO, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2015, p. 199.

El artículo 2° inciso primero de la LOSMA tiene un problema sintáctico fundamental, que es la imposibilidad de determinar si la frase “cuando corresponda” modifica, exceptúa o condiciona sólo a los planes de manejo, o también a los demás instrumentos de gestión ambiental que allí se enuncian. Si se trata de la segunda posibilidad, entonces hay casos en que corresponde tener competencia, en otros no, e incluso en otros compartirla.

Además, contiene una expresión que es soslayada, “la (SMA) tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización”, lo que evidentemente indica que su misión no es solo ejecutar dichas actividades, sino organizarlas y coordinarlas, y esta última función puede concebirse como una competencia de coordinación directiva.

El artículo 2° inciso segundo de la LOSMA contiene otros problemas. Se hace referencia a “los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental”, pero la distinción ambiental y sectorial de la Ley N° 19300 no es del todo clara, existiendo normativa sectorial, por ejemplo, de carácter sanitario que adquirirá carácter ambiental en la medida que sea normativa ambiental aplicable en el marco del SEIA. Al problema anterior se le añade la frase “conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la (SMA)”. Este problema viene del inciso anterior, pues si la frase “cuando corresponda” del inciso primero modifica, exceptúa o condiciona a todas las materias que allí se enuncian, no

puede determinarse cuál ámbito material de competencia conservan en exclusividad los organismos sectoriales, y cuál se traspasó a la SMA.

En cambio, el artículo 2º inciso tercero de la LOSMA contiene una directiva dada “a los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental”, por la cual estos “deberán adoptar y respetar todos los criterios que la (SMA) establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización”. Esta directiva no tiene sentido si existen competencias exclusivas, pues es ilógico que la SMA pueda instruir a estos organismos sectoriales en el ámbito material de competencia que conservan en exclusividad ellos.

Incluso estos problemas son extensibles al artículo 35 letra h), que plantea textualmente que “corresponderá exclusivamente a la (SMA) el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de...”, “el incumplimiento de las normas de emisión, cuando corresponda”. Si hay casos en que no corresponde, entonces necesariamente la competencia sancionadora de la SMA no es exclusiva en esa materia específica.

Como mostraré al analizar las demás normas aplicables de la LOSMA, la interpretación que resulta en afirmar que la SMA tiene competencia exclusiva conlleva a que haya inconsistencia total-total dentro de la misma ley. Esta inconsistencia solo puede resolverse adoptando una de las posibles interpretaciones que entrega la sintáctica de los artículos, comprobando si produce inconsistencias total-total o parcial-parcial; de ser posible, apoyados por la información sobre

el debate legislativo; y sobre todo, con una valoración consecencial de su impacto regulatorio.

#### **4. Coordinación directiva de competencias concurrentes y excepciones**

Coincido plenamente cuando Cordero advierte que existe “una tendencia a resolver las relaciones interadministrativas sobre la base del principio de competencia”, asentado en una cultura institucional que entiende que “el cumplimiento de las responsabilidades por parte de las instancias públicas puede producirse siempre mediante el ejercicio diferenciado y unilateral de las correspondientes competencias, quedando en un segundo plano el principio de coordinación”<sup>163</sup>. Notablemente, uno de los motivos de la reorganización administrativa en asuntos ambientales fue “las dificultades que presenta una institución transversal en una Administración pública vertical” y “la incomprensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación”<sup>164</sup>.

Quizás esto influyó en que la coordinación directiva fuere ignorada por los intervinientes en la implementación y transición de la reorganización administrativa, a pesar de que el diseño del nuevo modelo de fiscalización ambiental no tuvo como finalidad concentrar las competencias fiscalizadoras en la SMA, excluyendo a los demás servicios públicos, sino subordinándolos.

---

<sup>163</sup> CORDERO, Eduardo. *El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos*, Revista de Derecho (Valparaíso), N° 39, 2007, p. 283.

<sup>164</sup> BCN. Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 8.

Como indicó Cordero, la reforma ambiental consolidó el modelo de coordinación “pero a cargo de entidades públicas diferenciadas: el (MMA) a cargo de las políticas y la regulación ambiental; el (SEA) a cargo de la gestión permisológica y la (SMA) a cargo del sistema de fiscalización integrado de instrumentos de gestión ambiental”<sup>165</sup>; aunque luego se contradijo, recordando que la SMA, aunque “tendrá el monopolio de la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental... administra un sistema integrado, en el cual gestiona la fiscalización directa... y la realizada por servicios públicos sectoriales sujetos a convenios similares al de encomendación de acciones” y que “los servicios públicos... serán incompetentes para fiscalizar instrumentos de gestión ambiental y sólo podrán realizar este tipo de actividades si han suscrito con la Superintendencia un convenio de encomendación de acciones”<sup>166</sup>.

Estos convenios devinieron necesarios para reafirmar la competencia exclusiva de la SMA, como mecanismo para incorporar a otros servicios públicos en la fiscalización ambiental integrada. Pero esto es contradictorio, porque un sistema de fiscalización ambiental integrada no puede depender de la voluntad de suscribir convenios de encomendación.

En mi opinión, la reforma tuvo como finalidad entregar a la SMA competencias para fiscalizar directamente las materias del artículo 2° inciso primero de la

---

<sup>165</sup> CORDERO, Luis. *Corte Suprema y medio ambiente ¿por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?*, en Anuario de Derecho Público UDP, p. 366-367.

<sup>166</sup> CORDERO, Luis. *Fiscalización ambiental*, El Mercurio Legal, 23 de octubre de 2012. Disponible en <https://goo.gl/4KvVfq> (acceso restringido).

LOSMA, pero no conferidas en exclusividad, sino en concurrencia con otros servicios públicos, cuyo criterio de atribución está entregado en base al receptor o a la actividad económica.

Además, tuvo como finalidad entregarle a la SMA la coordinación del sistema integrado de fiscalización ambiental –formado por el entramado de competencias superpuestas– pero no basado en el principio de coordinación, sino en una competencia exclusiva de coordinación directiva. Esta competencia exclusiva está concebida, como indica Cordero, como “...un poder directivo de la Administración coordinante sobre las coordinadas, lo que significa que aquélla se encuentra respecto de éstas en una cierta posición de supremacía...”<sup>167</sup>.

Esto implica aceptar que el problema sintáctico del artículo 2º inciso primero de la LOSMA, que es la imposibilidad de determinar si la frase “cuando corresponda” modifica, exceptúa o condiciona sólo a los planes de manejo, o también a los demás instrumentos de gestión ambiental que allí se enuncian, se resuelve por la segunda posibilidad. Entonces hay casos en que corresponde que la SMA tenga competencia, y en otros que no, pero incluso que en los casos que tenga, esta pueda ser concurrente. Precisamente el artículo 2º inciso segundo puede aplicarse a los casos en que no corresponde a la SMA tener competencia, que es conservada por el organismo sectorial.

En este contexto, la coordinación directiva presupone que existen dos o más

---

<sup>167</sup> CORDERO, Eduardo. *El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos*, Revista de Derecho (Valparaíso), N° 39, 2007, p. 283.

servicios públicos con competencias de fiscalización sobre los instrumentos de gestión ambiental o de la resolución de calificación ambiental. Pero la SMA ejerce además un poder coordinante y directivo, que condiciona el ejercicio de las competencias de fiscalización ambiental de los demás órganos involucrados, en la parte que se superponen.

Esta competencia se ejerce directamente, sin necesidad de convenio alguno, a través de los programas de fiscalización y sus subprogramas, que debe elaborar de acuerdo con el artículo 17 de la LOSMA, y a través del procedimiento ahí establecido se debe producir el diálogo regulatorio y la consecuente coordinación. Dado que los demás servicios públicos conservan sus competencias, pero de forma subordinada, no pueden rehusar ser parte de los subprogramas de fiscalización.

Además, en estricto rigor, los programas y subprogramas de fiscalización consistirían sólo de acciones de inspección de instalaciones, tal como señala expresamente el artículo 20 de la LOSMA, dejándose como algo rutinario de los servicios sectoriales la revisión de los reportes de seguimiento remitidos por los regulados en cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios de monitoreo, registro y reporte. Entender lo contrario, como ha sucedido, ha sido producto de considerar que la competencia fiscalizadora es exclusiva, y ha resultado en el colapso del procesamiento de información por la SMA<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> HERNANDEZ, José. *El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjà vu?*, Revista de Derecho Ambiental, núm. 7, 2017, p. 32. El Informe Final de Auditoría N° 208/2016, de CGR, comprueba que numerosos informes de seguimiento remitidos a la SMA desde fines de

De esta forma adquieren sentido los artículos 16 y 17 de la LOSMA, pues se comprende que la subprogramación es el ejercicio de la competencia de coordinación directiva, de ahí la necesidad de solicitar “a los organismos con competencia en fiscalización ambiental informes acerca de las prioridades de fiscalización que hubieren definido”, y de que programas y subprogramas deban “garantizar adecuadamente la participación en la fiscalización de la (SMA) y de los organismos sectoriales”. Además, en particular, adquiere sentido el artículo 16 letras e) y f) de la LOSMA, en cuanto obliga a la SMA a que anualmente establezca “los programas de fiscalización”, y “los subprogramas sectoriales de fiscalización... en los que se identificarán las actividades de fiscalización para cada servicio u organismo sectorial competente”.

Todas estas referencias a organismos sectoriales “con competencias” o “competentes”, no tienen sentido si se asume que la competencia de la SMA es exclusiva. Es decir, el mecanismo de programación y subprogramación es contradictorio con la interpretación que sostiene la exclusividad de las competencias fiscalizadoras de la SMA, por cuanto expresamente indica que las actividades de fiscalización subprogramadas son para “cada servicio u organismo sectorial competente”. Entender que existe exclusividad de las competencias de la SMA conduce a una inconsistencia total-total, ya que no existiría ningún “servicio u organismo sectorial competente”.

Posiblemente en esa inconsistencia exista una falla regulatoria imprevista,

---

2013 están aún sin revisión por dicho servicio.

pues siendo un sistema basado únicamente en la buena voluntad de los organismos sectoriales, la contribución de éstos a la fiscalización ambiental que conduce la SMA se ha reducido sostenidamente<sup>169</sup>.

Igualmente adquieren pleno sentido los artículos 48 bis y 70 letra o) de la Ley N° 19300, pues se comprendería porque requieren de informe previo del MMA “los actos administrativos que se dicten por los Ministerios o servicios para la ejecución o implementación de normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación”; y porque el MMA debe interpretar administrativamente las normas de calidad, los planes de prevención o de descontaminación, y las normas de emisión, “previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica y la (SMA)”.

Por otra parte, esta interpretación que he propuesto parte de la base que la intención legislativa no es clara. Como señalé antes, al referirse a la indicación que modificó la redacción del artículo 2° inciso segundo de la LOSMA, el Ejecutivo declaró que “primero se debe estar a la materia e instrumentos que corresponden a las facultades de la Superintendencia, y respecto de ellos, todos los otros organismos sectoriales quedan excluidos”, y que “lo que define la fiscalización... es el instrumento de gestión (ambiental), si hay... la competencia... es de

---

<sup>169</sup> BERGAMINI, Kay, PEREZ, Cristián. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Revista EURE, núm. 124, 2015, p. 271. Los autores señalan respecto de los organismos sectoriales que “dado que 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”.

la Superintendencia y los servicios se subordinan a ella”<sup>170</sup>.

Pero “exclusividad” y “subordinación” son incompatibles; si un organismo sectorial deja de ser competente para fiscalizar una norma de emisión, porque esta se radica en exclusividad en la SMA, entonces ¿cuál es la subordinación del primero ante el segundo? El problema lógico se resuelve si la “exclusividad” se refiere al ejercicio de la potestad de coordinación directiva, y la “subordinación” se refiere a que, existiendo competencias concurrentes, la coordinación directiva subordina al organismo sectorial ante la SMA.

Esta discusión no se ha agotado en la doctrina, sino que ha sido materia de revisión judicial por los Tribunales Ambientales. Justamente en ese sentido se pronunció el Tercer Tribunal Ambiental en sentencia de reclamación, causa rol R-23-2015, en su considerando sexto, señalando que la interpretación acerca de las competencias exclusivas y la necesidad de convenios de encomendación, “privaría de efecto al artículo 17 de la LOSMA”, por cuanto los programas y subprogramas sólo garantizarían adecuadamente la participación en la fiscalización de los organismos sectoriales “en la medida que se celebren esos convenios”, y que además, “también privaría de efecto al artículo 70 letra o) de la Ley N° 19300, pues el Ministerio sólo podría solicitar informes para la interpretación administrativa” a la SMA. En dicha causa, la reclamante sostuvo que las fiscalizaciones de varios de sus centros de cultivo de salmónes, todos con resolución de calificación ambiental, hechas por el SERNAPESCA sin subprogramación por la SMA, eran

---

<sup>170</sup> BCN. Historia de la Ley N° 20417, 2010, p. 214 y ss.

nulas por haber sido efectuadas por un organismo incompetente para fiscalizar estas resoluciones.

Esta interpretación fue ratificada por la Corte Suprema en sentencia de casación en la forma, causa rol N° 38340-2016, expresando en su considerando undécimo “los órganos sectoriales mantienen sus competencias para fiscalizar todas aquellas materias que la ley respectiva ha puesto sobre su competencia”, y que cualquier contradicción normativa “se supera por el hecho de radicar en la SMA la potestad disciplinaria, pudiendo solamente los órganos sectoriales efectuar una labor de fiscalización, en el marco de su competencia específica, que al vincularse con las normas medioambientales, el legislador dispone que deban dar cuenta a la autoridad específica, la SMA”.

Esto no ha estado exento de polémicas. Si bien esta interpretación nuevamente fue ratificada por la Corte Suprema en sentencia de casación en el fondo, causa rol N° 15549-2017, pues en su considerando sexto concluye que “la SMA tiene a su cargo la labor de fiscalización en materia ambiental, encontrándose facultada para realizarla directamente estableciendo programas de fiscalización, como también para determinar que esta labor sea realizada por el órgano sectorial con competencia específica en la materia a fiscalizar, elaborando subprogramas de fiscalización”, ella misma expande el ámbito de aplicación del controvertido artículo, sosteniendo sin mayores argumentos interpretativos que la SMA debe “fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar el medio ambiente”. Este déficit es parcialmente cubierto en el voto concurrente, que señala

que dicho artículo “incluye en su objeto ‘todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley’”, pero que deja de lado el resto del articulado de la ley, que habrían resultado en inconsistencias total-total.

No obstante, hay casos donde siquiera corresponde que la SMA fiscalice y sancione el incumplimiento de normas de emisión, y no necesariamente por lo dispuesto en el malinterpretado artículo 61 de la LOSMA. Se trata de normas de emisión insertas en procesos de autorización previa a la comercialización del producto, como ocurre con vehículos motorizados, calefactores y luminarias, y como ocurrirá con grupos electrógenos<sup>171</sup> y maquinaria fuera de ruta<sup>172</sup>. En el caso de los vehículos motorizados, las normas de emisión aplican también durante la vida útil del producto.

A esto se agrega que, como señalé, hay un problema sintáctico similar en el artículo 35 letra h), que plantea textualmente que “corresponderá exclusivamente a la (SMA) el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de...”, “el incumplimiento de las normas de emisión, cuando corresponda”. Si se acepta que hay casos en que no corresponde, entonces necesariamente la competencia sancionadora de la SMA no es exclusiva en esa materia específica. Si se acepta que esta competencia es exclusiva, entonces la frase “cuando corresponda” es una muletilla y se le debe privar de todo efecto. Es una inconsistencia total-total.

No obstante, puede y debe dársele un sentido útil a la expresión “cuando

---

<sup>171</sup> RES N° 1134 (2016), del MMA, aprueba anteproyecto de norma de emisión.

<sup>172</sup> RES N° 450 (2016), del MMA, da inicio a etapa de elaboración de anteproyecto de norma de emisión.

corresponda”, pero sin rehusar a la fiscalización y sanción de algunos aspectos de las normas de emisión de vehículos motorizados.

\* \* \*

He mostrado que es poco probable que la LOSMA haya derogado competencias sectoriales de fiscalización atribuidas por el instrumento de gestión ambiental, así como algunas contradicciones en la interpretación dominante.

Además, he expuesto que la práctica administrativa reciente, evidenciada en la regulación administrativa derivada, ha cambiado la referencia a la competencia para su fiscalización incorporando a la SMA. No obstante, en el caso de las normas de emisión de vehículos motorizados, esta referencia es “sin perjuicio de” las competencias del MTT, y en otros instrumentos es “cuando corresponda”.

También he planteado una interpretación distinta, que intenta eliminar las inconsistencias lógicas que produce la interpretación dominante, afirmando que la concurrencia de las competencias fiscalizadoras junto a la de otros servicios, pero con una competencia coordinadora directiva radicada en la SMA, como órgano de dirección de la fiscalización ambiental.

No obstante, falta abordar el problema de extensión de las competencias, esto es, determinar cuánto y cómo se superponen. En el siguiente capítulo aplicaré las distinciones ex-ante o ex-post y producto o proceso como criterio interpretativo que permite diferenciar debidamente entre normas de emisión según

función, a fin de dar sentido a la frase “cuando corresponda” de los artículos 2° y 35 letra h) de la LOSMA. Luego procederé a demarcar las competencias fiscalizadoras y sancionadoras de este organismo fiscalizador en relación con las normas de emisión de vehículos motorizados.

### CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN APLICADA A UN SECTOR

#### 1. Contexto histórico de la normativa de emisiones vehiculares

La gestión de riesgos causados por vehículos motorizados en circulación, a través de la intervención administrativa, es relativamente reciente. Esta se desarrolla a partir de la primera década del siglo pasado, motivada por la producción masiva y estandarizada de automóviles y su inserción como medio de transporte urbano, tanto individual como colectivo.

Entre 1900 y 1920, Santiago experimentó profundas transformaciones en transporte urbano, que incluyó la modernización del sistema de tranvías, de tracción animal a eléctrica, y la introducción del automóvil como modo de transporte individual y colectivo<sup>173</sup>. Similares transformaciones vivían Valparaíso y las mayores ciudades de Chile<sup>174</sup>. El sistema de tranvías declinó gradualmente, y aumentó considerablemente el número de buses de locomoción colectiva y taxis para cubrir la demanda de transporte público, a la par que aumentó el número de automóviles para uso individual<sup>175</sup>. Una de las principales preocupaciones de entonces fue el aumento dramático de los accidentes de tránsito<sup>176</sup>, no sólo por el

---

<sup>173</sup> ERRAZURIZ, Tomás. *El asalto de los motorizados. el transporte moderno y la crisis del tránsito público en Santiago, 1900-1927*. Revista Historia, núm. 43, 2010, p. 388 y ss.

<sup>174</sup> ESTRADA, Baldomero. *Tecnología y modernización: evolución del transporte urbano en Valparaíso, 1850-1950*. Revista Polis, núm. 33, 2012, p. 7 y ss.

<sup>175</sup> MORRISON, Allen. *Los tranvías de Chile, 1858-1978*. Ricaaventura, 2008, p. 10 y ss.

<sup>176</sup> ERRAZURIZ, Tomás. *La administración de Ibáñez del Campo y el impulso a la circulación moderna (Santiago, 1927-1931)*. Revista Historia, núm. 47, 2014, p. 313 y ss.

exceso de velocidad, sino por el diseño de las vías públicas y las condiciones técnicas de los vehículos<sup>177</sup>.

En ese sentido, entre 1908 y 1917, el municipio de Santiago estableció sucesivos reglamentos sobre la materia, incluyendo límites de velocidad, requisitos y exámenes de capacidad a conductores, así como ciertas condiciones técnicas de los vehículos, y estableció la prohibición de circular con escape libre de gases, para evitar molestias por ruido, o emitiendo humos visibles.<sup>178</sup>

Pero, en este último aspecto, relacionado con los impactos a la salud humana, no existieron mayores avances hasta principios de la década de 1960, a pesar de existir consenso respecto de los severos problemas de contaminación en vía pública causados por buses de locomoción colectiva, generalmente mantenidos en deficientes condiciones técnicas<sup>179</sup>.

De esta forma, por medio del DS N° 144 (1961), del MINSAL, se establecieron normas para evitar contaminación atmosférica de cualquier naturaleza, incluyéndose en su artículo 7° la prohibición de “circulación de todo vehículo motorizado que despida humo visible por su tubo de escape”.

Por su parte, el DFL N° 3068 (1964), Ordenanza General del Tránsito, estableció en su artículo 103 que los vehículos motorizados “no podrán transitar con escape libre e irán provistos de un silenciador eficiente en el tubo de escape... y

---

<sup>177</sup> ERRAZURIZ, Tomás. *El asalto de los motorizados. el transporte moderno y la crisis del tránsito público en Santiago, 1900-1927*. Revista Historia, núm. 43, 2010, p. 377 y ss.

<sup>178</sup> ERRAZURIZ, Tomás. *Ibíd.*, p. 380 y ss.

<sup>179</sup> RIVEROS, Carolina. *El problema de la contaminación atmosférica en Santiago de Chile: 1960-1972*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1997, pp. 102-103.

deberá permitir el escape del gas horizontalmente y no hacia arriba ni en dirección al pavimento”, señalando además su artículo 312 que era una infracción menos grave “conducir un vehículo con escape libre, con tubo de salida de gases antirreglamentario o en mal estado”.

Por su parte, incluso antes de la dictación del DS N° 144 (1961), del MINSAL, nuestro país ya había adoptado normas para el control de la contaminación atmosférica desde fuentes estacionarias<sup>180</sup>, mientras que otras se fortalecieron a partir de este decreto<sup>181</sup>.

Pero el severo problema de contaminación atmosférica no fue abordado de

---

<sup>180</sup> El DS N° 4740 (1947), del MININT, reglamento de normas sanitarias mínimas municipales, estableció en su art. 26 núm. 4, que “las Municipalidades adoptarán las medidas necesarias para prevenir y suprimir los factores de contaminación de la atmósfera por el polvo, los humos y gases, ubicando las industrias en zonas especiales, exigiendo las medidas que la técnica aconseja para suprimir o atenuar dichas molestias, mediante la modificación de las maquinarias, procesos industriales, elevación de chimeneas”. A su turno, el DS N° 217 (1926), del MHAPST, reglamento de condiciones de higiene y seguridad industrial para los trabajadores, dispuso en su art. 5 núm. 14 que “todo proceso industrial que dé origen a gases, vapores, humos, polvos o emanaciones nocivas de cualquier género, deberá consultar dispositivos destinados a evitar que dichos polvos, vapores, humos, emanaciones o gases contaminen o vicien el aire y a disponer de ellos en tal forma que no constituyan un peligro para la salud de los obreros o habitantes”, y el DS N° 655 (1940), del MINTRAB, reglamento sobre higiene y seguridad industrial, que reemplazó al anterior, dispuso en su art. 9 núm. 12, que “todo proceso industrial que dé origen a gases, vapores, humos, polvos o emanaciones nocivas de cualquier género, deberá consultar dispositivos destinados a evitar que dichos polvos, vapores, humos, emanaciones o gases contaminen o vicien el aire y a disponer de ellos, en tal forma que no constituyan un peligro para la salud de los obreros o para la higiene de las habitaciones o poblaciones vecinas”. Por su parte, el DS N° 762 (1956), del MINSAL, reglamento de condiciones sanitarias mínimas en la industria, estableció en su art. 17 que “todos los contaminantes producidos en una fábrica... deberán captarse o eliminarse en forma tal que no contaminen los lugares de trabajo vecinos ni causen peligros, daños o molestias al vecindario”, y que “corresponderá al (SNS) calificar estos peligros, daños o molestias”.

<sup>181</sup> La RES N° 4569 (1967), del SNS, que establece normas de funcionamiento, especificaciones técnicas y aspectos de seguridad en calderas, incineradores, generadores de vapor y chimeneas, estableció las primeras normas de emisión de fuentes estacionarias, ya que incluyó en su art. 10, la obligación de “quemar los humos emitidos por los equipos de combustión... en proporción tal, que... no causen peligros, daños o molestias al vecindario”; en su art. 11, la prohibición a las calderas de “emitir gases de combustión... que tengan más de 0,65 kgs de partículas por 1.000 kgs de gases”; y en su art. 12, la prohibición a los incineradores de “emitir gases de combustión... que tengan más de 0,20 kgs de cenizas por 1.000 kgs de gases”.

forma decisiva, pues se dejó de lado la adecuada fiscalización de las reglamentaciones vigentes, a pesar de las intensas críticas de la prensa de entonces, y apenas se procedió a crear comisiones asesoras para revisarlas, en vez de hacerlas cumplir. En ese sentido, debe recordarse que en 1928 se aumentó considerablemente el arancel aduanero a la importación de manufacturas<sup>182</sup>, y se comenzó a intervenir directamente en empresas estratégicas para el desarrollo industrial, desplegándose progresivamente el modelo de industrialización por sustitución de importaciones. Esto agudizó la contradicción entre las externalidades positivas y negativas de la actividad económica, con altos costos sociales en salud humana.

La primera de estas comisiones asesoras fue la Comisión Nacional sobre Contaminación Ambiental, por DS N° 507 (1970), del MINSAL, que dio lugar al establecimiento de la Comisión Nacional Permanente contra la Contaminación Ambiental, creada por DS N° 315 (1971), del mismo ministerio. Precisamente, una de las recomendaciones recurrentes de ambas comisiones fue que Carabineros de Chile hiciese efectiva la prohibición del DS N° 144 (1961), del MINSAL, sobre la circulación de vehículos motorizados que emiten humos visibles<sup>183</sup>, y en general, que se diera cumplimiento a las normas sobre la materia por parte de las autoridades responsables, que se solucionaran los problemas de organiza-

---

<sup>182</sup> Ley N° 4321.

<sup>183</sup> RIVEROS, Carolina. *Ibíd.*, p. 148.

ción administrativa inadecuada, pues generaba descoordinación entre los órganos competentes y duplicidad de las facultades, además de problemas presupuestarios y de recursos humanos.<sup>184</sup>

En ese sentido, entre los informes básicos entregados por Chile en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano de 1972, en Estocolmo, está el preparado por Herrada, quien identificó una serie de problemas estructurales y administrativos que aún tienen actualidad, indicando que “falta de una política nacional integradora que fije prioridades y que en última instancia permita el otorgamiento de recursos suficientes”, y que hay “falta de coordinación de las acciones realizadas por las entidades que componen cada sector y también entre los sectores mismos”<sup>185</sup>. De igual manera, Zuñiga identificó otros más, como “problemas de organización derivados de la existencia de muchas instituciones con responsabilidades parciales sobre la materia, sin una autoridad central coordinadora”, “insuficiencia de recursos, tanto materiales como humanos”, y “falta de legislación adecuada”, pues “existen deficiencias y omisiones en la reglamentación y legislación vigente que le restan operatividad y eficacia práctica”<sup>186</sup>.

La crisis política nacional, que se agudiza en extremo con el golpe militar de 11 de septiembre de 1973, en lo inmediato no cambió sustancialmente la gestión

---

<sup>184</sup> RIVEROS, Carolina. *Ibíd.*, p. 151-152.

<sup>185</sup> HEDERRA, Raimundo. *Información sobre el proyecto nacional contra la contaminación ambiental en Chile*, Cuadernos Médicos-Sociales, vol. XIII, núm. 2, 1972, p. 18.

<sup>186</sup> ZUÑIGA, Manuel. *Consideraciones generales sobre la posición internacional de Chile en relación con los problemas del medio humano*, Cuadernos Médicos-Sociales, vol. XIII, núm. 4, 1972, p. 34.

ambiental. Pero los severos problemas de calidad de aire en Santiago obligaron a crear la Comisión Metropolitana de Descontaminación Ambiental en 1976<sup>187</sup>, y la adopción de algunas regulaciones sanitarias sobre fuentes estacionarias<sup>188</sup> y móviles.

En ese sentido, se dictó la RES N° 1215 (1978), del SNS, que estableció una serie de regulaciones sobre contaminación atmosférica, siendo la primera que incluyó normas de calidad ambiental de aire en nuestro país; que introdujo la referencia a mejor tecnología disponible; e incluso un mecanismo de evaluación de impacto ambiental en dicho componente, entre otros aspectos novedosos. Además, definió técnicamente una fuente móvil como “aquella fuente capaz de desplazarse entre distintos puntos mediante un elemento propulsor propio (motor) que genera y emite contaminantes...”. Esta normativa permitió desarrollar una modesta regulación de las fuentes estacionarias<sup>189</sup>.

En lo que refiere a fuentes móviles, se dictó la RES N° 1214 (1978), del SNS, que estableció una norma de emisión de vehículos motorizados para el

---

<sup>187</sup> D N° 76-A (1976), de Intendencia de Santiago.

<sup>188</sup> RES N° 7077 (1976), del SNS, que prohíbe la incineración como método de eliminación de residuos sólidos de origen doméstico o industrial, en varias comunas de Santiago, y que establece una norma de emisión para procesos de incineración relacionado con servicios médicos.

<sup>189</sup> Por la RES N° 611 (1979), de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana, se establecieron normas de emisión para procesos industriales en dicho territorio. Para gestionar la contaminación causada por procesos industriales específicos fuera de Santiago, particularmente en las fundiciones de cobre, se reguló escasamente, pues apenas se dictó el DS N° 4 (1985), del MINAGRI, que establece procedimientos técnicos asociados a monitoreo de calidad de aire y control de emisiones para la fundición de Chagres, y el DS N° 196 (1986), del MINSAL, que establece similares procedimientos para la fundición de Chuquicamata.

contaminante monóxido de carbono, y que prohibió su circulación emitiendo humos visibles; complementada con la RES N° 1406 (1978), de SUBTRANS, que estableció la obligatoriedad de la revisión del sistema de combustión interna de ciertos vehículos motorizados. Pero, como señaló entonces Valenzuela, las regulaciones ambientales de vehículos motorizados “han alcanzado un muy escaso grado de aplicación y obediencia prácticos, como lo demuestra el alto número de vehículos que circulan impunemente por las vías públicas despidiendo densas humaredas por sus escapes, particularmente camiones y vehículos de la locomoción colectiva”.<sup>190</sup>

Dado que según el DFL N° 725 (1967) se facultó al MINSAL para tramitar por su intermedio, como señala la letra a) de su artículo 89, los reglamentos que establezcan normas referidas a “la conservación y pureza del aire y evitar en él la presencia de materias u olores que constituyan una amenaza para la salud, seguridad o bienestar del hombre...”, a través del MINSAL se adoptó el primer sistema de control de emisión de vehículos motorizados, mientras que el MTT se concentró en la reorganización de las plantas de revisión técnica<sup>191</sup>.

Respecto del transporte público, se dictó el DS N° 100 (1982), del MTT, que establecía un reglamento de los servicios de transporte por calles y caminos, que prohibía circular a vehículos destinados a tal fin sobre cierto peso vehicular que

---

<sup>190</sup> VALENZUELA, Rafael. *La toma en consideración de los problemas ambientales en la política de urbanismo*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 7, 1983, p. 187 y ss.

<sup>191</sup> Entonces la Subsecretaría de Transportes se encargaba de la revisión de vehículos de locomoción colectiva y de carga, y el respectivo Departamento Municipal de Tránsito de los demás vehículos motorizados, sea directamente o autorizando establecimientos privados, como señalaba el art. 159 de la Ley N° 3068 (1964), Ordenanza General del Tránsito, ya derogada.

incumplieran las normas de emisión dictadas por el MINSAL.

Además, se dictó el DS N° 279 (1983), del MINSAL, que aprobó un reglamento para el control de la emisión de contaminantes de vehículos motorizados de combustión interna, que incluyó normas de emisión para vehículos existentes y nuevos, señalando que su fiscalización periódica se practicaría junto con la revisión técnica de vehículos motorizados. Su aplicación, no obstante, quedó condicionada a que antes “el Servicio de Salud que corresponda, declare que la contaminación atmosférica de un área determinada ha alcanzado, o se ha detectado que en el breve plazo alcanzará un nivel de saturación que exceda las concentraciones de contaminantes establecidas”, esto es, aquellas contenidas en la citada RES N° 1215 (1978), del SNS. En ese sentido, por RES N° 14225 (1983), del SSMA, varias comunas urbanas de la Región Metropolitana fueron declaradas saturadas.

Sin embargo, la adopción en 1984 de la Ley N° 18290<sup>192</sup>, que establece la Ley de Tránsito, incorporó una normativa diferenciada a la de su predecesora, por cuanto su artículo 82 (hoy 78) señaló que “los vehículos motorizados deberán estar equipados, ajustados o carburados de modo que el motor no emita materiales o gases contaminantes en un índice superior a los permitidos”, y el artículo 198 (hoy 200) número 22 (hoy 18) estableció como infracción grave “conducir un vehículo infringiendo las normas sobre contaminación ambiental”.

---

<sup>192</sup> Texto actual refundido, coordinado y sistematizado por DFL N° 1 (2007), del MTT.

A partir de este cambio, se dicta el DS N° 163 (1984), del MTT, que estableció un nuevo reglamento de los servicios de transportes por calles y caminos, que mantuvo la norma que prohibía circular a vehículos de transporte de pasajeros o de carga sobre cierto de cierto peso vehicular que incumplieran las normas de emisión, ahora dictadas por el MTT, y no por el MINSAL; el DS N° 167 (1985), del MTT, que reglamentó las plantas de revisión técnica; el DS N° 24 (1989), del MTT, que estableció normas sobre revisión técnica y verificación de emisión de contaminantes de buses; el DS N° 69 (1989), del MTT, que estableció normas de emisión de contaminantes aplicables a vehículos motorizados y fijó los procedimiento para su control; el DS N° 130 (1989), del MTT, que estableció el procedimiento para la suspensión o retiro de vehículos por circular incumpliendo la normativa de emisiones; y por último el DS N° 156 (1990), del MTT, que nuevamente reglamentó las revisiones técnicas y las plantas de revisión técnica. Todo este esfuerzo regulador fue impulsado y coordinado por la Comisión Nacional de Ecología, creada por DS N° 680 (1985), del MBN<sup>193</sup>.

Tras el retorno de la democracia, la Comisión Nacional de Ecología fue sucedida por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, creada por DS N° 240 (1990), del MBN, y que fue reformada por DS N° 544 (1991), del mismo ministerio. Pero dada la crítica situación ambiental de Santiago, se establece la Comisión Especial de Descontaminación de la Región Metropolitana, creada por DS N° 349

---

<sup>193</sup> El establecimiento de dicha comisión fue el resultado de la sugerencia hecha por la Comisión Interministerial de Ecología, creada por DS N° 271 (1984), del MBN.

(1990), del MININT. Ambas comisiones cesarían con la aprobación de la Ley N° 19300, que estableció las bases generales de la gestión y regulación medioambiental, y transformó la CONAMA en un servicio público descentralizado.

El nuevo gobierno mostró un mayor ímpetu regulatorio ambiental, en particular respecto a la contaminación atmosférica de Santiago, aunque también a nivel nacional. Durante la última década del siglo pasado se reglamentó por medio de normas de emisión todos los vehículos en ruta, y se mejoró ostensiblemente el control del cumplimiento de dichas normas para vehículos nuevos.

Se adoptaron las normas de emisión contenidas en el DS N° 211 (1991), del MTT, para vehículos motorizados livianos; el DS N° 82 (1993), del MTT, para buses de locomoción colectiva en Santiago; el DS N° 54 (1994), del MTT, para vehículos motorizados medianos; el DS N° 55 (1994), del MTT, para vehículos motorizados pesados; y el DS N° 4 (1994), del MTT, para vehículos motorizados en general. Luego se agregan el DS N° 104 (2000), del MTT, para motocicletas; el DS N° 130 (2001), del MTT, para buses de la locomoción colectiva en Santiago; y el DS N° 149 (2006), del MTT, para vehículos motorizados livianos y medianos en uso, motor a bencina.

De todo este entramado regulatorio se identifica un sistema de permisos de norma de producto para la comercialización de vehículos motorizados, que en el caso de los servicios de transporte tiene un control adicional. En ese sentido, aplicando la distinción ex-ante y ex-post, y concibiendo al vehículo motorizado como producto, su regulación técnica ambiental aplica: (i) ex-ante o previo a su

circulación, antes de su primera comercialización, donde aplica el límite de emisión para vehículos nuevos, articulado por el procedimiento de homologación y/o certificación; y (ii) ex-post o en su circulación, donde aplica el límite de emisión para vehículos en uso, articulado por la revisión técnica periódica.

Pero, como señalé, con la reforma introducida por la Ley N° 20417, la fiscalización de las normas de emisión fue radicada en la SMA, aunque con una redacción ambigua, y sin distinguir entre normas de proceso y de producto, lo que trajo problemas regulatorios de implementación.

## **2. Contexto de leyes regulatorias aplicables**

En lo que respecta a las normas de emisión, algunos autores nacionales intentan identificar a las que se disponen como parte de normas de productos. Bermúdez afirma con imprecisión que dichos estándares “fijan niveles permisibles de los contaminantes que pueden emitirse en un proceso de fabricación o en la utilización de un determinado producto”<sup>194</sup>, aunque la referencia a “proceso de fabricación” realmente corresponde a normas de procesos. Por su parte, Rojas ha identificado la diferenciación dentro de las normas ambientales, aunque muy genéricamente, señalando que “es posible distinguir entre: normas de calidad, normas de emisión, normas reguladoras de producto, normas reguladoras

---

<sup>194</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental Chileno*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, p. 229.

de procesos de producción, normas reguladoras de estándares de calidad”<sup>195</sup>.

Considero mucho más explicativa la clasificación, ya reseñada, de la *Recommendation 75/436/Euratom, ECSC, EEC regarding cost allocation and action by public authorities on environmental matters*, de 1974, que además desarrolla los dos instrumentos de implementación del principio “quien contamina, paga”, los cánones y las normas. Además, sostiene que, en presencia de contaminación causalmente encadenada, “como el caso de la contaminación producida por el gas de escape de los vehículos de motor en el que son agentes contaminantes no solo los usuarios del vehículo sino también los fabricantes del vehículo y del carburante”, “la imputación de coste puede realizarse en el punto en el que el número de agentes sea el más bajo posible y el más fácil de controlar”<sup>196</sup>.

De esta forma, a través de normas de producto es posible internalizar costos de maneras muy eficiente en distintos puntos. En el punto de elaboración de carburante o combustible, en forma de límites de composición de los mismos respecto de parámetros ambientalmente relevantes, como el contenido de azufre<sup>197</sup>; también en el punto de fabricación del vehículo motorizado, en forma de límites de emisión; y en el punto de usuario, con controles en servicio. En el punto de fabricación se controlará por única vez su conformidad con el diseño de produc-

---

<sup>195</sup> ROJAS, Christian. *Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 43, 2014, p. 556.

<sup>196</sup> CE, Recomendación 75/436, regla 3.

<sup>197</sup> DS N° 60 (2011), del MINENERG, especificaciones de calidad de combustibles que indica; y DS N° 456 (1997), del MINECOM, requisitos para combustible que indica.

ción autorizado, y en el punto de usuario se controlará periódicamente su conformidad con la condición de aptitud para circulación. Para hacerlo, la intervención administrativa sigue el esquema que reseñé al mostrar el control ex-ante y ex-post en el régimen autorizador<sup>198</sup>: (i) prohibición relativa general, (ii) procedimiento administrativo para decisión de autorización negativa o positiva, (iii) control de cumplimiento de prohibición relativa general y de decisión de autorización positiva, y (iv) sanción por incumplimiento del punto anterior.

El punto de partida en este esquema es que, para la circulación de vehículos motorizados, existe una prohibición relativa general en la Ley N° 18290, como se desprende de sus artículos 89, 51 y 62. Además, hay otros regímenes autorizatorios e incluso uno concesional, al ser necesarios en los distintos tipos de servicio de transporte remunerado de pasajeros, sea público o privado, e individual o colectivo. En ese sentido, la Ley N° 18696, establece en su artículo 3° tres regímenes de prestación de estos servicios, siendo la regla general la libre provisión, y las excepciones los perímetros de exclusión y las concesiones de vías, y todos estos incluyen referencias a las normas de emisión de vehículos motorizados que resultan aplicables<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Ver supra pp. 21 y ss.

<sup>199</sup> Ley N° 18696, cuyo art. 3° inciso primero indica que el MTT, “establecerá las condiciones y dictará la normativa que regirá dichos servicios, en cuanto al cumplimiento obligatorio de normas técnicas y de emisión de contaminantes de los vehículos, así como en lo relativo a las condiciones generales de (estos)...”; su inciso segundo indica que, en el régimen de perímetros de exclusión, “la correcta, efectiva y adecuada prestación de los servicios por parte de los prestadores, para estos efectos, será constatada por el (MTT), el que, en caso de incumplimiento, aplicará las sanciones de amonestación por escrito, multa, suspensión o cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Servicios de Transporte de Pasajeros del servicio o del vehículo respectivo”;

En todo caso, como indiqué en la introducción de este trabajo, la distinción ex-ante o ex-post entre momentos del control administrativo es respecto de la realización material de la actividad que modifica la realidad física y que está prohibida; que en este caso son dos: la primera venta de vehículos motorizados y luego su circulación. Para la primera se necesita un certificado de comprobación que acredite el cumplimiento de las normas de producto aplicables, y para la segunda se necesita un permiso municipal, que para otorgarse tiene como medio de prueba un certificado de comprobación del estado técnico del vehículo. Estos requerimientos aplican de forma similar para la provisión de servicios de transporte remunerado de pasajeros.

### **3. Interpretación aplicada: control ex-ante y norma de producto**

#### **3.1. Control por homologación y verificación**

Las normas de emisión de vehículos motorizados nuevos se controlan ex-

---

mientras que en su inciso tercero indica que el régimen de concesiones de vías debe ser “mediante procedimientos de licitación pública”, y el inciso sexto indica que las bases de licitación pública “deberán contemplar, entre los factores que serán evaluados, criterios económicos y ambientales previamente determinados, según las diversas alternativas y modalidades de transporte... especialmente... los factores ambientales relativos a ruido, gases contaminantes...”.

ante a través del procedimiento de homologación<sup>200</sup>, que aplica a vehículos livianos<sup>201</sup>, medianos<sup>202</sup> y motocicletas<sup>203</sup>, y que para el caso de vehículos pesados<sup>204</sup> y buses<sup>205</sup> se denomina procedimiento de certificación. Este procedimiento de comprobación permite certificar que los modelos de vehículos motorizados destinados a circular por calles y caminos, cumplen las normas técnicas vigentes que determine el MTT, relacionadas con los aspectos constructivos de emisiones y de seguridad<sup>206</sup>.

Para esto existen dos procedimientos específicos de control desarrollados por el programa institucional del MTT denominado 3CV<sup>207</sup>, que son (i) homologación o certificación de emisiones para constatación del cumplimiento de límites de emisiones, sean de residuos de combustión o de perturbaciones por ruido, y

---

<sup>200</sup> Ley N° 18290, art. 23, y DS N° 54 (1997), del MTT, normas de homologación de vehículos.

<sup>201</sup> DS N° 211 (1991), del MTT, normas de emisión de vehículos motorizados livianos, y también DS N° 7 (2015), del MMA, norma de emisión de ruido para vehículos livianos, medianos y motocicletas.

<sup>202</sup> DS N° 54 (1994), del MTT, normas de emisión de vehículos motorizados medianos, y también DS N° 7 (2015), del MMA, norma de emisión de ruido para vehículos livianos, medianos y motocicletas.

<sup>203</sup> DS N° 104 (2000), del MTT, norma de emisión para motocicletas, DS N° 7 (2015), del MMA, norma de emisión de ruido para vehículos livianos, medianos y motocicletas, y DS N° 36 (2001), del MTT, disposiciones sobre homologación de motocicletas.

<sup>204</sup> DS N° 55 (1994), del MTT, normas de emisión de vehículos motorizados pesados. El procedimiento es complementado con la RES 2113 (2004), del MTT, pautas generales para acreditación del cumplimiento del DS N° 55 (1994), del MTT.

<sup>205</sup> DS N° 130 (2001), del MTT, normas de emisión para buses de locomoción colectiva de Santiago, y DS N° 129 (2002), del MTT, norma de emisión de ruido para buses de locomoción colectiva urbana y rural.

<sup>206</sup> DS N° 26 (2000), del MTT, elementos de seguridad aplicables a vehículos motorizados livianos; DS N° 22 (2006), del MTT, requisitos que deben cumplir los sistemas de frenos, luces, señalizadores, aparatos sonoros, vidrios, dispositivos de emergencia y rueda de repuesto con que deberán contar los vehículos motorizados; DS N° 175 (2006), del MTT, condiciones de seguridad y criterios de construcción a carrocerías de buses destinados a prestar servicios interurbanos de transporte público de pasajeros.

<sup>207</sup> RES N° 1827 (2000), de SUBTRANS, establece divisiones, departamentos, secretaría ejecutiva, programas y oficina que indica, como organización funcional interna.

(ii) homologación de aspectos constructivos para constatación del cumplimiento de requisitos dimensionales y funcionales, incluyendo sistemas y componentes.

En ese sentido, los solicitantes deben entregar “los antecedentes técnicos descriptivos del modelo”, incluyendo “uno que acredite que los vehículos del modelo de que se trate, están contruidos de manera de cumplir con los niveles vigentes de emisión de gases de escape y por evaporación de hidrocarburos, al menos durante 80.000 kilómetros de uso, en condiciones normales de mantenimiento”, y entregar “un prototipo del modelo... con el objeto de ser sometido a las pruebas necesarias para establecer su nivel de emisiones... y a las que sean necesarias para establecer su concordancia respecto de las normas constructivas que le sean aplicables”<sup>208</sup>.

Si el modelo sometido a ensayo supera ambos procedimientos, el 3CV extiende un certificado de homologación para vehículos livianos, medianos o motocicletas, o uno de cumplimiento para vehículos pesados y buses. El certificado permite que se fabriquen o importen vehículos que cumplan rigurosamente con el diseño del modelo certificado.

Una vez fabricados o importados los vehículos, tras la primera comercialización de cada unidad, al comprador debe extendersele por triplicado un certificado individual estandarizado<sup>209</sup>, que servirá como medio de prueba para obtener el permiso de circulación, para efectuar la primera inscripción en el SRCel, y para

---

<sup>208</sup> DS N° 54 (1997), del MTT, normas sobre homologación de vehículos, art. 3.

<sup>209</sup> DS N° 160 (1997), del MTT, condiciones de otorgamiento y características de certificados de homologación individual.

acreditar cumplimiento de la obligación de circular con vehículo con condiciones técnicas revisadas en tiempo y forma, en caso de controles en vía pública, por lo que debe portarse permanentemente en el vehículo.

Tras obtener el certificado de homologación según el prototipo del modelo, el fabricante o importador iniciará la producción o importación de los vehículos, pero como ya indiqué, estos deben cumplir con las mismas especificaciones de diseño y límites de emisión del modelo certificado.

Para controlar el cumplimiento de la conformidad, existe un sistema de vigilancia para mantener la certificación, que se desarrolla a través del procedimiento de verificación de conformidad<sup>210</sup>. Por medio de éste, se retiran de la venta, fábrica o depósitos, unidades del modelo homologado para comprobar si cumple con las especificaciones técnicas que motivaron el otorgamiento del certificado de homologación.

Si las unidades son comercializadas sin este certificado, se está en una situación equivalente a la elusión del SEIA. De forma similar, si incumplen con los requisitos que dieron lugar a dicho certificado, se está en una situación equivalente a incumplir la RCA.

En el primer caso, el MTT suspenderá la comercialización de los vehículos, y en el segundo caso además suspenderá los efectos de los certificados; de-

---

<sup>210</sup> DS N° 38 (1999), del MTT, procedimiento de verificación de conformidad, para aspectos constructivos, y DS N° 165 (1996), del MTT, que complementa el DS N° 211 (1991), del MTT.

biendo además impetrar acciones sobre protección del ambiente y del consumidor, de acuerdo con la Ley N° 19300 y la Ley N° 19496, respectivamente<sup>211</sup>.

### **3.1.1. Incumplimiento de la Ley N° 19496**

El artículo 3 letra d) de la Ley N° 19496 establece que es un derecho básico del consumidor “la seguridad en el consumo de bienes o servicios”, y “la protección de la salud y el medio ambiente”. En ese sentido, y en lo relativo a información y publicidad en el consumo, su artículo 28 letra f) establece el proveedor incurrirá en infracción si respecto de un producto, “a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño”, en cuanto a “su condición de no producir daño al medio ambiente”; mientras que su artículo 29 dispone que comete infracción el proveedor “que estando obligado a rotular los bienes o servicios que produzca, expendá o preste, no lo hiciera, o faltare a la verdad en la rotulación, la ocultare o alterare”.

De forma similar, su artículo 24 ordena multar de forma agravada al anunciante que hace “publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social”, en relación con “los elementos indicados en el artículo 28”, siempre que dicha publicidad recaiga en las cualidades de productos o servicios “que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente”.

---

<sup>211</sup> DS N° 54 (1997), del MTT, normas sobre homologación de vehículos, art. 6, y DS N° 165 (1996), del MTT, que complementa el DS N° 211 (1991), del MTT, art. 1° núm. 7.

Por su parte, su artículo 20 indica que “sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada”, indicando sus letras a) y c) que la opción procederá cuando “los productos sujetos a normas de seguridad o calidad de cumplimiento obligatorio no cumplan las especificaciones correspondientes”, o cuando “cualquier producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad”, respectivamente.

Por esto es que SERNAC y fabricantes hacen llamados a revisión a ciertos modelos de vehículos motorizados por defectos o fallas en sus componentes, lo que incluye casos de incumplimiento de normas y especificaciones técnicas ambientales, como ocurrió, tal como señalé en la introducción, con Volkswagen.

### **3.1.2. Incumplimiento de la Ley N° 19300**

Respecto de la Ley N° 19300 hay violación de las normas de emisión aplicables dictadas según su artículo 40, por cuanto el fabricante tiene la responsabilidad de diseñar adecuadamente el vehículo motorizado y fabricarlo de acuerdo con el modelo de vehículo de producción, así como el importador tiene la responsabilidad de garantizar que los vehículos motorizados importados estén cubiertos

por el certificado de homologación. El caso Volkswagen, que identifiqué en la introducción de este trabajo, es uno en que el fabricante obtuvo un certificado de homologación de un modelo que incorpora un mecanismo que elude el control de los límites de emisión.

Tanto en el régimen autorizatorio de la norma de producto o como en el del SEIA, la SMA no participa en el procedimiento administrativo para decisión de autorización negativa o positiva. Pero tiene competencia concurrente con el MTT para el control de cumplimiento de prohibición relativa general, esto es, que no ingresen al mercado vehículos nuevos no homologados o no certificados en sus emisiones. De igual forma la tiene para el control de la decisión de autorización positiva, esto es, que los vehículos nuevos homologados o certificados efectivamente cumplan los requisitos que permitieron homologarlos o certificarlos.

Además, de acuerdo al artículo 35 letra h), “corresponderá exclusivamente a la (SMA) el ejercicio de la potestad sancionadora”, respecto de los incumplimientos de “las normas de emisión, cuando corresponda”. Sea que se asuma que la frase “cuando corresponda” modifica, exceptúa o condiciona la exclusividad de la potestad sancionatoria, o que es una muletilla, este es un caso donde corresponde que la SMA sancione el incumplimiento de las normas de emisión insertas en normas de productos. En ese sentido, el concepto “norma de emisión” no puede limitarse únicamente a si se incumple o no el límite de emisión, sino que estando inserto en un régimen autorizatorio, incluye todos los procedimientos necesarios para comprobar si dicho límite se cumple o no.

Por esto, la SMA tiene la potestad sancionatoria respecto de todos aquellos importadores o fabricantes que, sólo en relación con los límites de emisión de los vehículos motorizados, no con las demás propiedades técnicas del modelo, violan la prohibición relativa general o la decisión de autorización positiva.

### **3.2. Control adicional en servicios de transportes**

Como señalé antes, el transporte remunerado de pasajeros contempla regímenes autorizatorios e incluso concesionales, y que, además diferencia entre el transporte privado y el público.

Si se trata del transporte privado, aunque exista un régimen de libre provisión, se debe obtener autorización de la SEREMITT correspondiente, en la que “el interesado deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente reglamento y en la normativa aplicable”<sup>212</sup>, entre los que está el que los vehículos dedicados a dicha actividad deben cumplir “con las normas técnicas, de seguridad y de emisión de contaminantes vigentes”<sup>213</sup>. Sin embargo, no es requisito que los vehículos destinados a este servicio sean nuevos, por lo que la exigencia anterior puede cumplirse con la presentación tanto del certificado de homologación individual como del certificado de revisión técnica y de gases. Por

---

<sup>212</sup> DS N° 80 (2004), del MTT, reglamenta transporte privado remunerado de pasajeros, art. 7°.

<sup>213</sup> DS N° 80 (2004), del MTT, reglamenta transporte privado remunerado de pasajeros, art. 20.

su parte, la fiscalización del cumplimiento de la autorización positiva y de la prohibición, dado el artículo 3° inciso final de la Ley N° 18696, corresponde a Carabineros de Chile, y a inspectores municipales y del MTT, pudiendo ser objeto de sanciones administrativas impuestas por la SEREMITT, que incluyen la suspensión y revocación de la autorización<sup>214</sup>.

Si se trata del transporte público, aunque igualmente haya un régimen de libre provisión, se debe obtener autorización de la SEREMITT correspondiente, en forma de inscripción en el Registro Nacional de Servicios de Transportes de Pasajeros, como “requisito para la prestación de servicios de transporte público de pasajeros, cualquiera sea la modalidad de éstos”<sup>215</sup>. Dentro de los antecedentes que deben acompañarse para solicitar la inscripción están los relativos a la condición técnica de los vehículos, y acreditar el cumplimiento de las demás exigencias reglamentarias<sup>216</sup>. Estas incluyen que “los vehículos de locomoción colectiva y taxis no podrán emitir por su tubo de escape contaminantes en concentraciones superiores a los máximos fijados por el (MTT)”<sup>217</sup>. Tampoco existe acá una exigencia de que los vehículos destinados a estos servicios sean nuevos, excepto en Santiago, según el artículo 12 de la Ley N° 19040.

Pero en el caso de los servicios de transporte público en concesiones de

---

<sup>214</sup> DS N° 80 (2004), del MTT, reglamenta transporte privado remunerado de pasajeros, arts. 24, 25 y 28.

<sup>215</sup> DS N° 212 (1992), del MTT, reglamenta servicios de transporte público de pasajeros, art. 3°.

<sup>216</sup> DS N° 212 (1992), del MTT, reglamenta servicios de transporte público de pasajeros, art. 8°.

<sup>217</sup> DS N° 212 (1992), del MTT, reglamenta servicios de transporte público de pasajeros, art. 32.

vías, de acuerdo al artículo 3 inciso sexto de la Ley N° 18696, las bases de licitación deben contemplar factores ambientales relativos a ruido y gases contaminantes, los que deben tener especialmente en cuenta para la evaluación de las ofertas. Sin embargo, de acuerdo al artículo 3° inciso octavo de la Ley N° 18696, la concesión “deberá otorgarse mediante resolución fundada y concretarse en un contrato entre la empresa beneficiada y el (MTT)... en el que se establecen sanciones para cada parte en el caso de incumplimiento”. En ese sentido, los incumplimientos se reducen a multas contractuales o eventualmente a la caducidad de la concesión, aunque para su determinación está sujetos a un procedimiento administrativo cuyo contenido mínimo debe incluirse en las bases de licitación. En cambio, en los perímetros de exclusión, de acuerdo al mismo artículo 3 inciso segundo de la misma ley, es posible que se impongan exigencias, restricciones, diferenciaciones o regulaciones específicas, tales como requerimientos tecnológicos ambientales. La fiscalización del cumplimiento de la autorización positiva y de la prohibición, dado lo dispuesto en el artículo 3° inciso final de la Ley N° 18696, corresponde a Carabineros de Chile, y a inspectores municipales y del MTT, pudiendo ser objeto de sanciones administrativas impuestas por la SEREMITT<sup>218</sup>, que también incluyen la suspensión y la revocación de la autorización.

La aplicación de multas por el Juzgado de Policía Local competente está establecida expresamente en el artículo 9° de la Ley N° 19040, que indica que

---

<sup>218</sup> DS N° 212 (1992), del MTT, reglamenta servicios de transporte público de pasajeros, art. 87, 88 y 89.

será multado con el monto allí expresado, el empresario “que realice servicios de transporte de locomoción colectiva con vehículos impedidos de hacerlo según disposiciones del (MTT), en uso de sus atribuciones y en resguardo... de la preservación del medio ambiente”, y que “los vehículos serán retirados de la circulación por Carabineros de Chile”.

Pero el control del cumplimiento de estas exigencias reglamentarias y contractuales está fuera de la competencia fiscalizadora concurrente de la SMA y el MTT sobre normas de emisión. Se trata de normativa fiscalizable únicamente por el MTT, y, por tanto, la SMA tampoco ejerce acá su potestad sancionatoria.

#### **4. Interpretación aplicada: control ex-post con producto en servicio**

##### **4.1. Control por revisión técnica**

El procedimiento de revisión técnica tiene como objetivo verificar de forma periódica el estado mecánico y nivel de emisión de contaminantes de los vehículos motorizados, de acuerdo a los límites de emisión de vehículos en uso<sup>219</sup>.

De acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 18696, este procedimiento es realizado por las Plantas de Revisión Técnica, que son concesionadas por el MTT

---

<sup>219</sup> DS N° 149 (2006), del MTT, norma de emisión para vehículos motorizados livianos y medianos en uso, motor a bencina.

previa licitación pública<sup>220</sup>. Acreditado el cumplimiento de estos límites, se extiende al propietario del vehículo motorizado dos certificados, uno de revisión técnica y otros de revisión de gases, con los que puede obtener la renovación del permiso de circulación, de acuerdo al artículo 89 de la Ley N° 18290.

El no obtener en tiempo ambos certificados se traduce en la imposibilidad de renovar el permiso de circulación. Además, si antes de que venza dicho permiso, circula y es fiscalizado en vía pública por Carabineros de Chile, se incurre en la infracción grave de tránsito del artículo 200 número 18 de la Ley N° 18290, en cuanto se conduce “sin revisión técnica de reglamento, de homologación o de emisión de contaminantes vigentes”. Si lo hace después de que venza dicho permiso, comete además la infracción del número 25 del mismo artículo, en cuanto se conduce “sin permiso de circulación... vigente”.

Para el caso de los servicios de transporte, el artículo 3° incisos vigesimocuarto y vigesimosexto de la Ley N° 18696, indica que ante estos casos, el MTT los “podrá suspender... en caso de infracción y cancelar éstos en caso de infracción grave y/o reiterada a las disposiciones vigentes en lo relativo a normas técnicas y de emisión de gases contaminantes”, y que además, “estará facultado para dictar las normas técnicas relativas a seguridad y contaminación, que permitan decretar la definitiva obsolescencia técnica de vehículos destinados al transporte de pasajeros y su consecuente salida de este parque automotriz”.

---

<sup>220</sup> DS N° 156 (1990), del MTT, reglamenta revisiones técnicas y la autorización y funcionamiento de las plantas revisoras.

En aplicación de esta última facultad, se ha decretado la obsolescencia programada de buses de locomoción colectiva para diversas ciudades<sup>221</sup>. Además, desde 2009, con la Ley N° 20378, que crea el subsidio nacional para transporte público remunerado de pasajeros, se permite a cada gobierno regional realizar procesos de renovación y modernización del transporte público mayor y menor, para incentivar la chatarrización de los vehículos cercanos a la obsolescencia programada, y su reemplazo por otros más modernos. En ese sentido, se ha decretado que dichos programas deberán considerar mecanismos que reduzcan la emisión de contaminantes<sup>222</sup>.

Pero el control del cumplimiento de estas exigencias está fuera de la competencia fiscalizadora concurrente de la SMA y el MTT sobre normas de emisión. Se trata de normativa fiscalizable únicamente por el MTT, y, por tanto, la SMA tampoco ejerce acá su potestad sancionatoria.

#### **4.2. Control en vía pública**

Como señalé antes, en el vehículo motorizado debe portarse siempre los certificados de homologación, revisión técnica, y emisiones de gases vigentes<sup>223</sup>, y éste deberá estar equipado, ajustado o carburado para que no incumpla los

---

<sup>221</sup> DS N° 1 (1994), del MTT, dispone medidas aplicables a vehículos de servicios de locomoción colectiva urbana en ciudades que indica, y sus posteriores modificaciones.

<sup>222</sup> DS N° 44 (2011), del MTT, reglamenta programa especial de renovación de buses, minibuses, trolebuses y taxibuses.

<sup>223</sup> Ley N° 18290, art. 98.

límites de emisión<sup>224</sup>.

La obligación de portar los certificados permite acreditar que se ha dado cumplimiento oportuno y satisfactorio a la obligación de revisión técnica periódica. No portarlos impide demostrar el cumplimiento de esta obligación, que como señalé es una infracción de tránsito. No obstante, estos certificados no acreditan que, al momento de la fiscalización en la vía pública, se esté cumpliendo con el límite de emisión.

Para esto, se han establecido límites de emisión de vehículos en uso para controles en vía pública, con detección instrumental para CO, HC y opacidad, y con visual para el humo visible<sup>225</sup>. Estos límites son controlados por Carabineros de Chile e inspectores fiscales o municipales, y su incumplimiento es una infracción de tránsito según artículo 200 número 18 de la Ley N° 18290, en cuanto se conduce “infringiendo las normas en materia de emisiones”. De acuerdo al artículo 78 de la misma ley, cuando Carabineros de Chile “constate técnicamente que un vehículo ha superado dichos índices, podrá retirarlo de la circulación, poniéndolo a disposición del tribunal competente en los lugares habilitados por las Municipalidades, de los cuales únicamente podrá retirarlo con autorización del Juez, que la otorgará con el objeto de que el infractor solucione el problema de contaminación denunciado”. Sin embargo, el incumplimiento de la norma de emisión detectado en la vía pública, se adecúa a la infracción tipificada en el artículo

---

<sup>224</sup> Ley N° 18290, art. 78.

<sup>225</sup> DS N° 4 (1994), del MTT, normas de emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados y procedimientos para su control, art. 6.

35 letra h) de la LOSMA.

Si se asume la interpretación de la radicación de competencias exclusivas de fiscalización y sanción en la SMA, pues esta norma de emisión ahora debe ser fiscalizada y sancionada por este mismo servicio. Dicha consecuencia es obviamente indeseada. Es más, durante la discusión legislativa no se discutió sobre los efectos que traería la reforma en el control de las normas de emisión, y ni siquiera se hace referencia a fuentes móviles, normas de producto, vehículos motorizados. La distinción entre producto y proceso es apenas insinuada indirectamente al referirse a la biotecnología, dada la inclusión en el artículo 2° de la Ley N° 19300, de la letra a bis), donde se le define como “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”. Es la única referencia que existe a una diferenciación que debe ser evidente, y por demás necesaria, en toda la ley.

Si para la fiscalización se asume la interpretación de la radicación de competencias en la SMA concurrente con las de los servicios sectoriales, pero que la de estos se subordina a través de la competencia de coordinación directiva de este servicio, entonces este el problema tiene solución.

Como señalé, la frase “cuando corresponda” del artículo 2° de la LOSMA permite eliminar toda posibilidad que la SMA participe en procedimiento de comprobación con fines autorizatorios de cualquier índole. Bajo un sistema autorizatorio relacionado con alguna de las materias contenidas en dicho artículo, sus

competencias fiscalizadoras normalmente se ejercen ex-post al desarrollo de la actividad material prohibida, sea porque su promotor cuenta con decisión de autorización positiva, o porque no la cuenta porque le fue rechazada o nunca la solicitó, y por tanto sigue sujeto a la prohibición general. En ese sentido, en un sistema autorizatorio que exige certificación de norma de producto y que incluye normas de emisión, la SMA debe controlar conjuntamente con el organismo sectorial tanto la autorización positiva como el cumplimiento de la prohibición general. Esto es además compatible con el artículo 28 de la LOSMA.

Pero una vez que se ha cumplido el esquema de certificación de la norma de producto, y este ha sido comercializado, este esquema ya ha cumplido toda su función. De ahí adelante, en el caso de los vehículos motorizados, todas las infracciones a la normativa de emisión de vehículos en uso sólo pueden cometerse en el tránsito, y por tanto deben sancionarse según la Ley N° 18290.

Por su parte, como también señalé, la frase “cuando corresponda” del artículo 35 letra h) de la LOSMA permite exceptuar casos de ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA, salvo que se considere es una muletilla. Este caso sería una segunda aplicación de la citada frase. Por tanto, estos incumplimientos detectados en vía pública, como ya no responden al esquema de certificación de norma de producto, quedan en el ámbito sectorial.

## CONCLUSIONES

La implementación de la interpretación mayoritaria del artículo 2° de la LOSMA ha encontrado dificultades materiales y jurídicas, imprevistas en el diseño regulatorio. Esto ha hecho que la práctica interpretativa administrativa haya abandonado quietamente a la posición mayoritaria. Además, desde una perspectiva interpretativa coherente, esta posición mayoritaria que afirma la exclusividad de competencias fiscalizadoras y sancionadoras, conduce a inconsistencias total-total dentro de la misma ley.

En ese sentido, es necesario reconocer primero que el citado artículo tiene una redacción con problemas gramaticales, que da lugar a dos interpretaciones. La interpretación mayoritaria ha naufragado al realizarse la adecuación gramatical de la normativa ambiental a la nueva institucionalidad, siendo un primer síntoma el que las regulaciones derivadas de la Ley N° 19300 contengan redacciones contradictorias o con abundancia de frases de modificación, excepción o condición, como “sin perjuicio de”, “en su oportunidad”, y quizás la más problemática “cuando corresponda”, que no aclaran cuál es la extensión o ámbito material de las competencias fiscalizadoras de la SMA.

El caso examinado aquí, un conjunto de normas de emisión insertas en normas de producto sujetos a un sistema de permisos, históricamente su fiscalización y sanción ha estado radicada en el ámbito del tránsito y del transporte, fundamentalmente administradas por el MTT; pero con la creación de la SMA se ha

producido confusión al respecto, y la regulación, tal como hizo la ley, ha recurrido a la frase “cuando corresponda”.

La interpretación mayoritaria, a pesar de las inconsistencias total-total que produce, es que el artículo 2° de la LOSMA derogó tácitamente todas las competencias fiscalizadoras de los demás organismos relacionadas con las normas de emisión. En el caso que he analizado, resultaría en que ciertas infracciones de la Ley de Tránsito quedarán derogadas, convertidas en infracciones comprendidas en el régimen sancionatorio de la SMA. Dicha interpretación traería además una serie de consecuencias regulatorias y administrativas colaterales que no sólo no fueron consideradas durante la tramitación legislativa de la reforma, sino que podrían hacer colapsar la capacidad de procesamiento que tiene la SMA.

Otra posible interpretación, que no produce inconsistencias total-total, parte por detallar el funcionamiento del sistema de control ex-ante y ex-post en que se insertan las normas de emisión de vehículos motorizados como normas de productos para su fabricación –en contraposición a las normas de proceso– y luego para su uso. Acá el artículo 2° de la LOSMA no produce el efecto radical de derogar toda competencia fiscalizadora, sino que la racionaliza.

Sin embargo, esta interpretación conduce al reconocimiento de que la SMA no tiene competencias exclusivas y excluyentes en materia de fiscalización de normas de emisión, y que en ciertos casos la competencia de fiscalización es concurrente, mientras que en otros es simplemente incompetente. Esta conclusión repercute en sus competencias sancionadoras, que también dejan de ser

exclusivas.

Lo anterior es importante, no solo porque desde el punto de vista jurídico esta interpretación elimina las inconsistencias lógicas, sino porque racionaliza la capacidad de gestión, y permite corregir, como ya lo ha hecho irregularmente la práctica administrativa fundamentalmente en planes, una interpretación regulatoria que produce consecuencias indeseadas. Precisamente este trabajo intenta sincerar el asunto y proveerlo de fundamento para acometer una reforma regulatoria a través de la interpretación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASENJO, Rafael. *Institucionalidad pública ambiental: ¿Aplicación o transformación?*, en Revista de Derecho Ambiental (CDA), núm. 3, 2009, p. 225-232.
- ASTORGA, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno*. Abeledo Perrot, 2012, 533 p.
- BELL, Stuart. *Environmental Law*, Oxford University Press, 2013, 848 p.
- BERGAMINI, Kay, PEREZ, Cristián. Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. Revista EURE, núm. 124, 2015, pp. 267-277.
- BERMUDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, 2014, 630 p.
- BERMUDEZ, Jorge. *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 40, 2013, pp. 421-447.
- BERMUDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental Chileno*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, 549 p.
- BETANCOR, Andrés. *Derecho Ambiental*, La Ley, 2014, 1860 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Temis, 2002, 320 p.
- BOETTIGER, Camila. *Nueva institucionalidad ambiental*, Actualidad Jurídica, núm. 22, 2010, pp. 429-454.
- CANNONI, Leslie, et al. *El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental...*, Revista de Derecho Ambiental, núm. 5, 2015, pp. 115-151.
- CORDERO, Eduardo. *El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos*, Revista de Derecho (Valparaíso), N° 39, 2007, pp. 269-298.
- CORDERO, Luis. *Corte Suprema y medio ambiente ¿por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?*, en Anuario de Derecho Público UDP, pp. 359-375.
- CORDERO, Luis. *Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno*, en Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Legal Publishing, 2008, pp. 29-44.
- CORDERO, Luis. *Fiscalización ambiental*, El Mercurio Legal, 23 de octubre de 2012. <https://goo.gl/4KvVfq> (acceso restringido).
- CORDERO, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2015, 786 p.
- DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: from political slogans to legal rules*. Oxford University Press, 2002, 482 p.
- DOMENECH, Gabriel. *¿Mejor antes o después? Controles públicos previos versus controles públicos posteriores*, Papeles de Economía Española, núm. 151, 2017, p. 47-62.
- ERRAZURIZ, Tomás. *El asalto de los motorizados. el transporte moderno y la crisis del tránsito público en Santiago, 1900-1927*. Revista Historia, núm. 43, 2010, pp. 357-411.

- ERRAZURIZ, Tomás. *La administración de Ibáñez del Campo y el impulso a la circulación moderna (Santiago, 1927-1931)*. Revista Historia, núm. 47, 2014, pp. 313-354.
- ESTRADA, Baldomero. *Tecnología y modernización: evolución del transporte urbano en Valparaíso, 1850-1950*. Revista Polis, núm. 33, 2012, pp. 345-374.
- FEMENIAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Ediciones UC, 2017, 600 p.
- FERNANDEZ, Pedro. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, Legal Publishing, 2013, 551 p.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Temis, 2008, 757 p.
- HEDERRA, Raimundo. *Información sobre el proyecto nacional contra la contaminación ambiental en Chile*, Cuadernos Médicos-Sociales, vol. XIII, núm. 2, 1972, pp. 16-20.
- HERNANDEZ, José. *El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjá vu?*, Revista de Derecho Ambiental, núm. 7, 2017, p. 7-34.
- HOFFMANN, Richard. *An Environmental History of Medieval Europe*. Cambridge University Press, 2014, 409 p.
- MALLEA, María. *La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile*, Revista de Derecho CDE, núm. 32, 2014, pp. 135-156.
- MORAG-LEVIN, Noga. *Chasing the Wind: Regulating Air Pollution in the Common Law State*. Princeton University Press, 2003, 259 p.
- MORRISON, Allen. *Los tranvías de Chile, 1858-1978*. Editorial Ricaaventura, 2008, 144 p.
- MOSTERIN, Jesús. *Naturaleza humana, biología y convención*, Estudios Públicos, núm. 131, 2013, pp. 103-136.
- MUÑOZ, Macarena. *El principio "quien contamina paga" a la luz de la legislación medio ambiental chilena*, Revista de Derecho CDE, núm. 12, 2004, pp. 159-183.
- PIGOU, Arthur. *Wealth and welfare*. MacMillan & Co., 1912, 542 p.
- PLUMER, Marie. *Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental*, en Anuario de Derecho Público UDP, 2013, pp. 297-315.
- RIQUELME, Paulina, et al. *Nueva institucionalidad ambiental: criterios de diseño para el desarrollo regulatorio*, Actualidad Jurídica, núm. 23, 2011, pp. 229-258.
- RIVEROS, Carolina. *El problema de la contaminación atmosférica en Santiago de Chile: 1960-1972*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Historia, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1997, sin publicar, 250 p.
- ROJAS, Christian. *Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 43, 2014, pp. 549-582.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1963, 375 p.

- SANDS, Phillippe. *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2003, 1116 p.
- SCHACHTER, Oscar. *The Place of Policy in International Law*, The Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 2, núm. 2, 1972, pp. 5-14.
- SIDGWICK, Henry. *Economic socialism*. The Contemporary Review N° 50, 1886, p. 620-631.
- SIDGWICK, Henry. *The principles of political economy*. MacMillan & Co., 1883, 627 p.
- SIERRA, Lucas. *Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades*, Estudios Públicos, núm. 111, 2008, pp. 57-102.
- SIMMONS, Ian. *An Environmental History of Great Britain*. Edinburgh University Press, 2001, 433 p.
- STERN, Arthur. *History of Air Pollution Legislation in the United States*, Journal of the Air Pollution Control Association, vol. 32 núm. 1, 1982, p. 44-61.
- SUNSTEIN, Cass. *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, Harvard Law Review, vol. 139, núm. 2, 1989, pp. 405-508.
- TISNÉ, Jorge. *La teoría de las inmisiones como fundamento dogmático de la protección jurídica privada ante el ruido*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 40, 2013, pp. 121-181.
- VALENZUELA, Rafael. *El que contamina, paga*, Revista de la CEPAL, núm. 45, 1991, pp. 77-88.
- VALENZUELA, Rafael. *La toma en consideración de los problemas ambientales en la política de urbanismo*, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. 7, 1983, pp. 165-202.
- ZIEGLER, Andreas, SIFONIOS, David. *The assessment of environmental risks and the regulation of Process and Production Methods (PPMs) in International Trade Law*, en Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law, Oxford University Press, 2017, pp. 219-236.
- ZUÑIGA, Manuel. *Consideraciones generales sobre la posición internacional de Chile en relación con los problemas del medio humano*, Cuadernos Médicos-Sociales, vol. XIII, núm. 4, 1972, pp. 33-36.