

Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sariego, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354
cda@derecho.uchile.cl
<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjà vu?

The problems with the environmental supervisory powers: dèjà vu?

José A. Hernández Riera*

Abogado, Magister (c) en Derecho

Universidad de Chile

jhernandezr@docente.uss.cl

Resumen: El incendio en el relleno sanitario Santa Marta reveló un serio problema respecto de la fiscalización de permisos ambientales en instalaciones. La interpretación de la reforma ambiental que sostiene que la SMA tiene competencia exclusiva y excluyente de la fiscalización del permiso ambiental integrado -resolución de calificación ambiental-, y que previo a un convenio administrativo de encomendación de acciones de fiscalización y su subsecuente subprograma de fiscalización, pueden fiscalizarlas otros servicios públicos; resultó en la inhibición de la actividad fiscalizadora en terreno de estos últimos, y en el abandono de la revisión de los informes de seguimiento enviados por el operador, resultando en la virtual inevitabilidad del incendio. Este trabajo propone una solución interpretativa para este problema.

Palabras clave: inspección, seguimiento, coordinación directiva centralizada, medio ambiente.

Abstract: *The fire at the Santa Marta landfill revealed a serious problem about the control of environmental permits in facilities. An interpretation of the environmental reform which holds that the SMA has sole and exclusive supervisory powers over the environmental integrated permit –environmental approval resolution–, and that preceding an administrative secondment agreement of supervisory actions, and a subsequent supervisory subprogram, it can be overseen by other administrative agencies; produced an inhibition in*

* Profesor de Derecho Ambiental (Univ. San Sebastián); LCJS y Mag. (c) en Derecho (Univ. de Chile). Abogado asesor del Tercer Tribunal Ambiental. Correspondencia: General Lagos 1163, Valdivia.

the on-field control activities of the latter, and in a neglect of the reviewing of follow-up reports sent in by the operator, resulting in a virtual inevitability of the fire. This paper propose an interpretative solution for this problem.

Key words: *inspection, follow-up reports, centralized management coordination, environment.*

Introducción

Con la Ley N° 20.417, Chile reestructuró y reorganizó la institucionalidad ambiental suprimiendo un servicio público descentralizado, la Comisión Nacional del Medio Ambiente, reemplazándolo por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), y dos servicios públicos descentralizados relacionados, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), lo que necesariamente conllevó un rediseño de la fiscalización de normas de calidad, planes de prevención o de descontaminación, normas de emisión, y resoluciones de calificación ambiental.

Pero esta transición ha sido problemática, como revelan varias discrepancias dirimidas ante la Contraloría General de la República (CGR)¹, lo que apunta a un impreciso diagnóstico y diseño conceptual de la reforma, agravados por una redacción legal ambigua. El incendio en el relleno sanitario Santa Marta evidencia estos problemas.

Como es público, en enero de 2016, dentro de dicha instalación ocurrió un derrumbe de material, probablemente causado por el inadecuado manejo de lodos de aguas servidas, que expuso una cantidad considerable de desechos compactados, provocó inestabilidad en el terreno, y luego se incendió, generando humos que afectaron el Gran Santiago. El impacto mediático fue manifiestamente grande, tanto la SMA como la Autoridad Sanitaria de la Región Metropolitana (ASRM) procedieron reactivamente a fiscalizar y paralizaron por resoluciones separadas la operación del relleno sanitario, la primera aduciendo riesgo ambiental y la segunda riesgo sanitario laboral, y la Cámara de Diputados constituyó una Comisión Especial Investigadora (CEI) sobre el incidente, donde comparecieron ambos organismos, se presentó documentación relacionada, y se solicitó y obtuvo un dictamen de la CGR sobre competencias de fiscalización².

Durante las sesiones de la CEI se reveló un problema acerca de la fiscalización, que es un secreto a voces para los operadores del sistema, siendo inevitable un *dèjà vu* del desastre ambiental del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter en el año 2004. La ASRM sostuvo su interpretación basada en un oficio de la SMA³ y un dictamen de la

¹ Contraloría General de la República. Dictámenes N° 25248/2012, 298/2014, 20018/2015, 25081/2013, 6190/2014, 17953/2014, y 28047/2015 CGR.

² Contraloría General de la República. Dictamen N° 61224/2016.

³ Oficio N° 274/2013 SMA a ASRM.

CGR⁴, en los que se afirma que la SMA tiene competencia exclusiva y excluyente de la fiscalización de la resolución de calificación ambiental, y que previo convenio administrativo de encomendación de acciones de fiscalización y de subprograma de fiscalización, pueden fiscalizarlas otros servicios públicos. Pero la SMA sostuvo una interpretación distinta⁵, basada en que el art. 2° inc. 2° de su Ley Orgánica (LOSMA) permite conservar las potestades de fiscalización de la ASRM en todas las materias e instrumentos que no sean de competencia de la SMA; que el DS N° 189/2005 MINSAL, reglamento de rellenos sanitarios (RRS), no es un instrumento de gestión ambiental, y que por tanto, permanecen en la ASRM las competencias fiscalizadoras respecto de éste. Pero matizó y afirmó que las medidas referidas al RSS que se incluyan en una resolución de calificación ambiental, debe fiscalizarlas la SMA.

Ante estas interpretaciones severamente contrapuestas, en este trabajo propongo una tercera solución interpretativa, para lo cual: (1) presentaré la discusión en la CEI, y luego analizaré ciertos aspectos (2) del procedimiento de evaluación ambiental y (3) del sistema de fiscalización ambiental, para (4) concluir proponiendo abandonar la interpretación dominante basada en competencias exclusivas y excluyentes por instrumento de carácter ambiental, y adoptar una basada en competencias concurrentes coordinadas directivamente por la SMA.

1. Discusión en la Comisión Especial Investigadora

1.1. Creación y mandato de la Comisión Especial Investigadora

Tras el incendio del relleno sanitario Santa Marta, en sesión de 1 de marzo de 2016, la H. Cámara de Diputados, aprobó la creación de una CEI respecto de la actuación de los organismos públicos competentes en el incendio, por un plazo de 90 días, que fue presidida por el H. Dip. Soto (PS), e integrada además por los H. Dip. Teillier (PC), Pascal (PS), Farcas (PPD), Hernando (PRSD), Pilowsky (DC), Silber (DC), Rubilar (Ind.), Pérez (RN), Fuenzalida (RN), Lavín (UDI), Bellolio (UDI), y Coloma (UDI). Las sesiones se desarrollaron entre el 5 de abril de 2016 y el 31 de agosto de 2016, y en ellas participaron fundamentalmente la ASRM y la SMA.

1.2. Posición de la Autoridad Sanitaria de la Región Metropolitana

Como señalé en la introducción, la ASRM sostuvo una interpretación basada en un oficio de la SMA, donde se le señala que el art. 2° de la LOSMA “dispone la competencia exclusiva y excluyente [...] para ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscaliza-

⁴ Contraloría General de la República, Dictamen N° 25081/2013.

⁵ Oficio N° 1403/2016 SMA a CEI.

ción de las resoluciones de calificación ambiental” y que en concordancia con el art. 22 de esa misma ley, la ASRM solo está habilitada para fiscalizarlas “cuando en virtud de un convenio de encomendación de acciones [...] le encomienda la ejecución de alguna de las actividades de fiscalización”⁶. Además, estuvo basada en el mismo dictamen de la CGR invocado por la ASRM, que sostiene que “(un) organismo sectorial, sólo [sic] 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”, y que hace presente que, a ese fin, “se aprobó un convenio de encomendación de acciones de fiscalización entre dicha entidad y la Subsecretaría de Salud Pública”⁷.

Por esto, la ASRM respondió a la CEI que fue instruida por la Subsecretaría de Salud Pública que “si la actividad fiscalizada no está contemplada dentro de los referidos programas y subprogramas, y respecto de ellas existe un instrumento de gestión ambiental que la regule, la competencia para fiscalizar se radica, exclusivamente, en la Superintendencia”⁸. En consecuencia informó que “los proyectos de rellenos sanitarios existentes en la región [...] cuentan con resolución de calificación ambiental favorable [...] (y) deben obtener los permisos de los organismos sectoriales competentes para su funcionamiento”, que “un relleno sanitario, debe contar con la aprobación de un proyecto de ingeniería de detalles y posteriormente con la autorización de funcionamiento de las obras [...] asociados a la dictación de las correspondientes resoluciones sanitarias”⁹. Pero advirtió que para la fiscalización de rellenos sanitarios, “contó con un programa periódico de inspecciones, sin embargo [...] con la entrada en vigencia de la Ley 20.417, esta fiscalización se encuentra sujeta a la programación que realiza anualmente la Superintendencia”¹⁰, y que “toda información relativa al funcionamiento del relleno sanitario que debiese remitirse a la Autoridad Sanitaria, se interrumpe desde fines del año 2012, cuando entra en vigencia la nueva institucionalidad ambiental, enviándose todos los informes operacionales a la Superintendencia”¹¹. En resumen, la ASRM consideró que la SMA habría incumplido sus deberes respecto de la fiscalización del relleno sanitario.

1.3. Posición de la Superintendencia del Medio Ambiente

Como también señalé en la introducción, la SMA sostuvo una interpretación distinta. Afirmó que de acuerdo al art. 2° de la LOSMA, la ASRM conserva sus competencias y potestades de fiscalización en todas las materias e instrumentos que no sean de competencia

⁶ Oficio N° 274/2013 SMA a Subsecretaría de Salud Pública.

⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 25081/2013 CGR.

⁸ Oficio N° A15 1212/2013 Subsecretaría de Salud Pública a Autoridades Sanitarias.

⁹ Oficio N° 4082/2016 ASRM a CEI.

¹⁰ Id.

¹¹ Oficio N° A111 2476/2016 SMA a CEI.

de la SMA; que como el RRS no es un instrumento de gestión ambiental, permanece en la ASRM la competencia fiscalizadora respecto de éste. Pero matizó lo anterior, pues afirmó que las medidas referidas al RRS que se incluyan en una resolución de calificación ambiental deben ser fiscalizadas por la SMA, mediante programas y subprogramas; aunque previno que también puede fiscalizarla directamente la ASRM, dando sentido al art. 59 de la LOSMA.

La SMA además indicó que los programas y subprogramas de fiscalización ambiental, “son instrumentos de gestión administrativa donde, en función de los objetivos propuestos y los medios disponibles para alcanzarlos, se identifican las prioridades de fiscalización para un año calendario”, lo que da cuenta “de un mandato legal preciso de racionalización en el uso de recursos públicos”¹². También destacó que con la reforma se buscaba “asegurar un control amplio y efectivo de los regulados, para lo cual ha establecido instrumentos de coordinación (programas y subprogramas) y estandarización de procedimientos (rectoría técnica)”, agregando que la ASRM “ha conservado no solo facultades de fiscalización propias [...] sino que está habilitada por su propia normativa para disponer las medidas urgentes que sean necesarias para enfrentar emergencias sanitarias”¹³.

Al respecto, muy interesante es la intervención del Superintendente Franz, donde se refirió al citado oficio remitido a la Subsecretaría de Salud Pública, y al subsecuente convenio de encomendación de acciones de fiscalización, pues señaló que “ese convenio fue firmado por el Superintendente anterior, quien tenía la visión de que la fiscalización ambiental debía ser exclusivamente entregada a la Superintendencia”, que cuando él asumió “iniciamos un trabajo para desmontar todo ese planteamiento” dado que el art. 1° de la LOSMA “nos obliga, lo dije y lo reitero, a coordinar y organizar la fiscalización ambiental”¹⁴, y agregó que por un nuevo convenio multisectorial, suscrito también por la Subsecretaría de Salud, se “deja sin efecto, en forma explícita, el convenio de encomendación que existía con Salud [...] justamente porque lo que estábamos buscando [...] era dar libertad a los organismos sectoriales para que pudieran fiscalizar, en cumplimiento de sus obligaciones legales, los reglamentos sectoriales”¹⁵. En resumen, la SMA considera que la ASRM habría incumplido sus deberes respecto de la fiscalización del relleno sanitario.

1.4. Debate sobre competencias en la Comisión Especial Investigadora

Las intervenciones de los H. Dip. durante las sesiones de la CEI demuestran que, respecto de las competencias fiscalizadoras de la SMA y la ASRM, la confusión interpretativa es generalizada, no así con las competencias sancionadoras, donde es unánime afirmar

¹² Oficio N° 1403/2016 SMA a CEI.

¹³ Id.

¹⁴ Acta de Sesión Ordinaria N° 11, de 11 de julio de 2016: 28–29.

¹⁵ Ib., 37.

su exclusividad.

La intervención del H. Dip. Soto (PS), Presidente de la CEI, dio exactamente en el blanco, pues señaló que “va tomando cierta fisonomía esta situación donde se superponen algunas facultades fiscalizadoras”, ya que cuando se dicta un resolución de calificación ambiental “y se toman en consideración los reglamentos que están bajo la supervisión” de la ASRM, “la verdad es que las facultades se confunden”¹⁶; y por tanto concluyó que la cuestión era determinar “quién era la entidad que tenía la facultad exclusiva y excluyente de fiscalizar el funcionamiento del relleno sanitario Santa Marta en los seis meses previos al deslizamiento y cuáles aspectos son los que efectivamente se revisaron [...]”¹⁷. Una opinión similar es sostenida por la H. Dip. Pascal (PS), quien afirmó que “no queda claro ni estipulado quién tiene la fiscalización total, pues hay áreas que tienen que ver con la Superintendencia y otras con Salud, lo cual lleva a que las responsabilidades no sean de nadie y se diluyan [...]”¹⁸. En el mismo sentido, la H. Dip. Hernando (PRSD) indicó que si “la Superintendencia pide colaboración, cita o convoca, y se hacen fiscalizaciones en conjunto, o mandata a algún servicio para que haga una determinada fiscalización”, la interrogante “es si esos sectores pueden ir espontáneamente a hacer una fiscalización sin que la Superintendencia se los haya encomendado [...]”¹⁹.

Como se aprecia, todas las intervenciones reflejaron una sola posibilidad interpretativa respecto de las competencias fiscalizadoras: o son exclusivas de la SMA o de la ASRM.

1.5. Dictamen de la Contraloría General de la República

Como señalé también en la introducción, la CEI solicitó y obtuvo un dictamen de la CGR para aclarar el tema de las competencias fiscalizadoras de la SMA y la ASRM.

La CGR sostuvo que compete a la ASRM fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las normas del Código Sanitario y del RRS. Pero en virtud del art. 2° de la LOSMA, la SMA “tiene a su cargo la ejecución, organización y coordinación de la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental detallados en el inciso primero del citado artículo 2°”, entre los que no se encuentra el RRS; por tanto concluyó preliminarmente que la ASRM “conserva su facultad y deber de fiscalizar y sancionar el incumplimiento del referido texto”. Sin embargo, inmediatamente sostuvo que le compete a la SMA “organizar y coordinar la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental que rigen la actividad desarrollada por los rellenos sanitarios -entre los cuales se encuentran las resoluciones de calificación ambiental pertinentes-, como también sancionar su inobservancia”; pero como el RRS con-

¹⁶ Ib., 22.

¹⁷ Ib., 25.

¹⁸ Ib., 25.

¹⁹ Ib., 34.

tiene normativa ambiental, “en las correspondientes resoluciones de calificación ambiental puede establecerse que el titular deba cumplir ese tipo de disposiciones previstas en dicho cuerpo reglamentario”, concluyó que en esos casos, corresponde a la SMA “la organización y coordinación de la fiscalización del cumplimiento de tales normas específicas y la sanción de su inobservancia”.

Como resultado, la CGR finalmente determinó que “la circunstancia de que un determinado proyecto cuente con una resolución de calificación ambiental”, no releva a la ASRM “de su deber de fiscalizar y sancionar el incumplimiento de la normativa contenida” en el RRS, “que no ha sido establecida en el instrumento de gestión ambiental pertinente”.

1.6. Informe final de la Comisión Especial Investigadora

Finalmente, la CEI imputó toda la responsabilidad de lo sucedido en materia de fiscalización a la ASRM. De esta forma, concluyó que coincide con la CGR en que corresponde a la ASRM “la fiscalización de la operación de un relleno sanitario, respecto a probables incumplimientos de las normas del Código Sanitario y de su reglamento”, y que ésta debe remitir los antecedentes a la SMA “a fin de que esta inicie el procedimiento sancionatorio correspondiente, atendido su carácter de órgano competente para ese efecto”; además concluyó que la Subsecretaría de Salud “interpretó de manera errada la ley”, y que de haber cumplido la ASRM “con el mínimo deber de diligencia, se pudo haber evitado o minimizado un evento catastrófico que comprometió gravemente la salud de la población”²⁰. Y finalizó afirmando que es “necesario revisar y adecuar la normativa en materia de fiscalización, de manera tal que pueda mejorar sustantivamente su rol preventivo, lo que se traduce en que nuestros órganos públicos con competencia en la materia estén nítidamente definidos, sus funciones sean verificables”²¹.

1.7. Informe Final de Auditoría N° 208/2016, Contraloría General de la República

A raíz de lo sucedido, la CGR desarrolló una auditoría sobre el asunto a la SMA y a la ASRM, y emitió el Informe Final de Auditoría N° 208/2016, donde determinó que “no aparece que la Superintendencia haya evaluado la información durante la fiscalización realizada el año 2015 al relleno Santa Marta. Lo anterior, según el criterio manifestado por ésta, que considera indagar sobre los antecedentes de seguimiento cuando se programe una actividad de inspección”²², que “desde la constatación de los hechos por la Superintendencia durante las fiscalizaciones realizadas el año 2013, han transcurrido casi tres años, gene-

²⁰ Informe de la CEI, 6 de septiembre de 2016: 57.

²¹ *Ib.*, 58–59.

²² Contraloría General de la República, Informe Final de Auditoría N° 208/2016: 35.

rando [...] un riesgo de que la infracción prescriba”, y que su criterio “implica el riesgo evidente de que [...] los rellenos sufran nuevos eventos cada vez de mayor gravedad, al no solucionarse oportunamente las deficiencias de funcionamiento”²³. Esto es exactamente contrario a las conclusiones de la CEI, que imputó toda la responsabilidad a la ASRM.

Pero nuevamente, en una voltereta interpretativa, el informe determina que la disminución de inspecciones por parte de la ASRM “infringe lo consagrado en el artículo 80 del Código Sanitario”, por cuanto ella debe “autorizar la instalación y vigilar el funcionamiento de todo lugar destinado a la acumulación, selección, industrialización, comercio o disposición final de basura y desperdicios de cualquier clase”. Para esto, indica que la LOSMA “no deroga las funciones y responsabilidades establecidas en el Código Sanitario relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes, en relación con lo preceptuado en el aludido artículo 80[...]”, pero advierte que el art. 2° inc. 2° de esa ley, “indica que la Superintendencia [...] tiene la exclusividad de las fiscalizaciones respecto a los instrumentos de gestión ambiental (allí) mencionados”.

Por eso concluye que, si se acepta la interpretación de la ASRM, hoy ningún organismo público estaría fiscalizando ciertos artículos del RRS, “pues las materias que regulan no están contenidas dentro de las resoluciones de calificación ambiental, instrumento de gestión ambiental cuya fiscalización depende de los programas y subprogramas de la Superintendencia del Medio Ambiente, por lo que no puede ser objeto de control por parte de esta última”. Sin embargo, el considerando 5.4.1 de la RE N° 76/2012 (CEA RM), que aplica al Relleno Sanitario Santa Marta, indica que el titular deberá dar cumplimiento a todo el RRS.

1.8. Observaciones

En relación con las potestades fiscalizadoras de la SMA y de la ASRM, ni la CGR ni la CEI tuvieron en cuenta la reconstrucción temporal del debate interpretativo entre ambos organismos. Lo anterior es preocupante, pues durante las discusiones se evidenció que existieron dos interpretaciones contrapuestas del asunto, y ambas provienen de la SMA, a pesar que siempre sostuvo que su competencia fiscalizadora respecto de las resoluciones de calificación ambiental es exclusiva y excluyente.

En su primera interpretación, afirmó que la ASRM solo podría fiscalizar rellenos sanitarios que cuenten con dicho permiso ambiental, previa suscripción de convenio de encomendación de acciones de fiscalización, y subprogramación de la actividad específica por la SMA. Esta interpretación es coincidente con el debatido dictamen N° 25081/2013, y fue representado así a la Subsecretaría de Salud y a la ASRM por un oficio de la SMA. Pero, en su segunda interpretación, afirmó que la ASRM podría fiscalizar autónomamente

²³ *Ib.*, 42.

rellenos sanitarios que cuenten con dicho permiso ambiental, cuando se trate de normativa sectorial no incorporada en la resolución de calificación ambiental, pero de estar incorporada, se aplicaría la interpretación previa con una modificación, se han eliminado los convenios administrativos de encomendación, así que ya se subprograma directamente. Esta última acotación es preocupante, pues deja sin resolver una situación frecuente en las resoluciones de calificación ambiental como es la total incorporación en éstas de reglamentos sectoriales.

Por eso, para comprender cómo debe funcionar la fiscalización ambiental de resoluciones de calificación ambiental, es necesario comprender cómo funciona el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y por qué no puede desnaturalizarse su carácter integrador una vez dictado su acto administrativo terminal favorable, para poder construir una correcta interpretación del art. 2° de la LOSMA.

2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

2.1. Preliminar

El sistema de evaluación de impacto ambiental es un instrumento de gestión ambiental, no así las resoluciones de calificación ambiental que resultan de dicho procedimiento, estos son instrumentos de carácter ambiental. Los arts. 8° a 31 de la Ley N° 19.300 establecen el núcleo del procedimiento administrativo de evaluación ambiental, incluyendo la participación pública, aunque su art. 13 contiene una cláusula de remisión a la potestad reglamentaria presidencial de ejecución para el establecimiento del reglamento procedimental específico, cumplida con la dictación del D.S. N° 40/2012 (MMA), reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental (RSEIA). Se trata de un procedimiento administrativo especial y complejo, que comprende una serie de actos trámites que son dictados por el SEA en su calidad de administrador y coordinador directivo del instrumento²⁴, por los organismos públicos con competencias para otorgar permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales²⁵, con competencias sobre compatibilidad territorial²⁶, y eventualmente, con competencias asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, o el uso y manejo de algún recurso natural²⁷. A todos ellos los denominaré en genérico organismos evaluadores coordinados (OEC).

En el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se identifican cuatro tipos de participantes: (i) el proponente, que es un administrado o un organismo público, (ii) el SEA como organismo coordinador de la evaluación, y sus órganos resolutivos, (iii) los

²⁴ Ley N° 19.300, art. 8°, inc. final.

²⁵ Ley N° 19.300, art. 8° inc. 2°.

²⁶ Ley N° 19.300, art. 8° inc. 3°.

²⁷ RSEIA, art. 24 inc. 2°.

OEC coordinados por el SEA, y si corresponde (iv) los participantes en la etapa de consulta pública. Como todo procedimiento administrativo, la evaluación ambiental tiene una etapa de iniciación, instrucción y finalización. El SEA participa en cada una de estas etapas, administrando el instrumento de gestión ambiental, y coordinando a los OEC en la etapa de instrucción. Mostraré de inmediato cómo sucede esto con referencia al RSEIA.

2.2. Administración y coordinación del instrumento de gestión ambiental

La coordinación se evidencia en la centralización de todas las comunicaciones administrativas durante la etapa de instrucción. Según los arts. 32, 39, 42, 51 y 54, el SEA recibe todas las presentaciones del proponente y las remite a los OEC para obtener los pronunciamientos pertinentes; mientras que según los arts. 35, 40, 43, 47 y 52, el SEA recibe tales pronunciamientos de los OEC y toma decisiones procedimentales habida cuenta de éstos.

La administración se evidencia en la preeminencia que tienen ciertas decisiones del SEA sobre las de los OEC. Para esto debe tenerse en cuenta que en la etapa de instrucción, de acuerdo al art. 24, es imperativa la participación de los OEC que otorgan permisos ambientales sectoriales, y voluntaria para los demás que tengan competencias ambientales, incluso para los que informan compatibilidad territorial y relación con políticas, planes y programas de desarrollo regional y planes de desarrollo comunal; y además que todos estos informes y pronunciamientos, excepto los referidos a los permisos ambientales sectoriales, son facultativos y no vinculantes para el SEA. Esto permite varias alternativas en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo, todas de resorte del SEA.

Los arts. 36 y 48 permiten el término anticipado del procedimiento si el SEA determina que la presentación inicial tiene falta de información relevante y esencial, teniendo a la vista lo informado por los OEC, tanto en correspondencia –informan hay falta de información relevante y esencial (IRE) según art. 35 inc. 4°– como en contradicción –informan hace falta una Adenda según art. 35 inc. 3°–.

Además, los arts. 37 y 49 permiten la elaboración inmediata del informe consolidado de evaluación (ICE) si el SEA determina que la presentación inicial no requiere Adenda, teniendo a la vista lo informado por los OEC, tanto en correspondencia –informan que no hace falta Adenda– como en contradicción –informan hace falta una Adenda según art. 35 inc. 3°– con los OEC.

Por su parte, los arts. 38 y 50 permiten la elaboración de un informe consolidado de solicitudes de aclaración, rectificación y ampliación (ICSARA), siempre que el SEA determine que la presentación inicial requiere de una Adenda, teniendo a la vista lo informado por los OEC, también tanto en correspondencia –informan hace falta una Adenda según art. 35 inc. 3°– como en contradicción –informan hay falta de IRE según art. 35 inc. 4°–.

Además, los arts. 41 y 53 permiten la elaboración de un ICSARA complementario, siempre que el SEA determine que la Adenda no subsana la información deficiente, teniendo a la vista lo informado por los OEC, también tanto en correspondencia –informan hace

falta una Adenda complementaria según art. 35 inc. 2°– como en contradicción –informan que no hace falta una Adenda complementaria–.

Pero los mismos arts. 41 y 53 permiten la elaboración de un ICE, siempre que el SEA determine que la Adenda subsana la información deficiente, teniendo a la vista lo informado por los OEC, también tanto en correspondencia –informan no hace falta una Adenda complementaria– como en contradicción –informan hace falta una Adenda complementaria según art. 35 inc. 2°–.

Luego, al término de la etapa de instrucción, de acuerdo a los arts. 44 y 56, el SEA continúa el procedimiento elaborando el ICE. La calificación ambiental es la etapa de finalización del procedimiento, e idóneamente debe realizarse con la mayor cantidad de información posible disponible. En ese sentido, los arts. 46 y 58 disponen reglas sobre silencio administrativo: si el órgano resolutorio del SEA no puede pronunciarse sobre la evaluación ambiental por “falta de otorgamiento de algún permiso o pronunciamiento sectorial ambiental”, requerirá al OEC para que “en el plazo de quince días, emita el permiso o pronunciamiento”, y que “vencido este plazo, el permiso faltante se tendrá por otorgado favorablemente”. Esta regla de silencio administrativo positivo reproduce lo dispuesto en los arts. 15 y 18 de la Ley N° 19.300, y se aparta levemente de lo dispuesto en el art. 64 de la Ley N° 19.880, pues el proponente no denuncia el incumplimiento de dicho plazo, sino que es el SEA quien lo hace ante los OEC. Además, los citados arts. 46 y 58 también establecen una regla de competencia sustitutoria, por cuanto permiten que el órgano resolutorio del SEA, ante el silencio administrativo, emita el pronunciamiento que corresponde a la Autoridad Sanitaria según el art. 161, sobre calificación de instalaciones industriales y de bodegaje, en relación con instrumentos de planificación territorial.

Lo indicado en el párrafo anterior permite concluir que la distinción entre permisos y pronunciamientos es importante, pues si bien el SEA puede contradecir los pronunciamientos, no sucede igual respecto de los permisos ambientales sectoriales. Para éstos últimos, la regla contenida en los arts. 46 y 58 indican que “el permiso faltante se tendrá por otorgado favorablemente”, y por tanto reconoce que la potestad autorizatoria se mantiene en el OEC.

Por tanto, es evidente que el SEA tiene un rol gravitante respecto del devenir procedimental del SEIA, por eso para administrarlo el art. 81 letra d) de la Ley N° 19.300 le confiere competencia exclusiva para “uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite”. Además, el art. 81 letra g) de la misma ley, le confiere competencia parcial para interpretar administrativamente las resoluciones de calificación ambiental, “previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica que participaron de la evaluación, del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, según corresponda”, advirtiendo que ésta se excluye cuando dicha resolución “contuviese aspectos normados sometidos a las facultades de interpretación administrativa del organismo sectorial respectivo”, caso en que “el informe solicitado tendrá el ca-

rácter de vinculante”.

2.3. Resolución de calificación ambiental

Este acto administrativo terminal presenta un contenido autorizatorio doble, ambiental general y sectorial, y además un contenido normativo propio, lo que es muy relevante para la fiscalización, como expondré más adelante.

El contenido autorizatorio se reconoce en el art. 8 de la Ley N° 19.300, pues “los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo [sic] podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental”, y por tanto, están prohibidos mientras no se compruebe su compatibilidad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y con el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza. Dado lo dispuesto en los arts. 24 y 25 de la misma ley, es posible distinguir entre el contenido de autorización ambiental general y sectorial.

El contenido general deriva de que la resolución certifica “que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración”, por lo que “establecerá, cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad”.

El contenido sectorial deriva del contenido anterior, pues dado que certifica ambientalmente, no puede “ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes”, aunque se podrá establecer “cuando corresponda, las condiciones [...] bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado”.

Por su parte, el contenido normativo propio se reconoce también en los citados arts. 24 y 25, y viene dado precisamente por “las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad”, lo que incluye “los eventuales trabajos de mitigación y restauración”, y “aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales”. Por tanto se trata de exigencias distintas a la mera normativa ambiental aplicable expresada en un instrumento normativo de carácter general, son ad-hoc al proyecto o actividad evaluado, y por tanto son de carácter individual o específico.

Por eso, los arts. 62 y 63 del RSEIA disponen que la calificación ambiental favorable certifica que el proyecto o actividad “cumple con todos los requisitos ambientales aplicables [...] con la normativa de carácter ambiental, incluidos los requisitos de los permisos ambientales sectoriales”; y además que en caso de Estudio, que “se proponen medidas de mitigación, reparación y compensación apropiadas”, y de Declaración, que “no genera ni presenta los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley”. Estos artículos están complementados con el art. 108, relacionado con el otorgamiento o denegación de permisos ambientales sectoriales. Pasaré enseguida a analizar brevemente a los permisos ambientales sectoriales.

2.4. Permisos ambientales sectoriales

Los permisos ambientales sectoriales corresponden a, según el art. 8 inc. 2° de la Ley N° 19.300, “todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación”. De tal forma, el RSEIA establece los diferentes permisos ambientales sectoriales necesarios, que se distinguen por su contenido según su art. 108, entre los exclusivamente ambientales, indicados en los arts. 111 a 130, y los mixtos, indicados en los arts. 131 a 160.

En lo que aquí interesa, en el caso de rellenos sanitarios que califican para someterse a evaluación ambiental de acuerdo a lo dispuesto en el art. 10 letra o) de la Ley N° 19300, en relación con lo dispuesto en el art. 3 letra o) del RSEIA, es necesario obtener el permiso ambiental sectorial mixto del art. 141 del RSEIA, que corresponde al permiso establecido en el art. 5° del RRS, que dispone que “todo relleno sanitario deberá contar con un proyecto de ingeniería aprobado por la Autoridad Sanitaria [...] En aquellos casos en que previamente corresponda ingresar el proyecto al [SEIA], la Autoridad Sanitaria otorgará dicha aprobación una vez que, habiendo sido incorporadas las exigencias contenidas en la respectiva [RCA], se constate el cabal cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, de orden sanitario y de seguridad”.

Pero la exigencia del citado art. 5°, así como todas las exigencias, obligaciones y deberes que recaen sobre quien realice disposición final de residuos sólidos domiciliarios está complementada con su art. 2°, que establece que “corresponde a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud fiscalizar y controlar el cumplimiento de las disposiciones del presente reglamento y las del Código Sanitario en las mismas materias sin perjuicio de la legislación ambiental vigente”. Todas estas disposiciones reglamentarias ejecutan los arts. 78 y 80 del Código Sanitario.

La remisión a normativa legal y reglamentaria está en todo permiso ambiental sectorial, y por tanto, respecto de los OEC con competencias para otorgarlos y fiscalizar su cumplimiento, se crea una división entre los titulares de dichos permisos. Si bien todos están regulados por el instrumento de gestión sectorial, como es en este caso el RRS, una fracción de proyectos será autorizada exclusivamente por ellos fuera del SEIA, pues no deben ingresar a dicho sistema, mientras que la fracción restante será dentro de este sistema. Esto tiene importantes repercusiones en el sistema de fiscalización ambiental, como se verá más adelante.

2.5. Administración del instrumento sectorial

Todo instrumento sectorial es administrado por un OEC, como reconoce el RSEIA. A modo de ejemplo, el art. 135 vincula el permiso para la construcción y operación de depósitos de relaves, al permiso del art. 9° del D.S. N° 248/2006 MMIN, reglamento para la aprobación de proyectos de diseño, construcción, operación y cierre de los depósitos de

relaves, cuyo art. 3° indica que el SERNAGEOMIN lo aplica y fiscaliza, sin perjuicio de las atribuciones fiscalizadoras de otros órganos del Estado; el art. 136 vincula el permiso para establecer un botadero de estériles o acumulación de mineral, al permiso del art. 339 inc. 1°, del art. quinto del D.S. N° 132/2002 MMIN, reglamento de seguridad minera, cuyo art. 4 indica que el SERNAGEOMIN tiene la competencia general y exclusiva en la aplicación y fiscalización de su cumplimiento; el art. 142 vincula el permiso para todo sitio destinado al almacenamiento de residuos peligrosos, al permiso del art. 29 del D.S. N° 148/2003 MINSAL, reglamento sanitario sobre manejo de residuos peligrosos, cuyo art. 2 indica que la Autoridad Sanitaria fiscaliza y controla su cumplimiento; el art. 146 vincula el permiso para la caza o captura de ejemplares de animales de especies protegidas para fines de investigación, para el establecimiento de centros de reproducción o criaderos y para la utilización sustentable del recurso, al permiso del art. 9° inc. 1° de la Ley N° 19.473, cuyo art. 28 indica que el SAG debe fiscalizar el cumplimiento de dicha ley; y el art. 116 vincula el permiso para realizar actividades de acuicultura, al permiso del art. 87 inc. 3° de la Ley General de Pesca y Acuicultura, cuyo art. 122 indica que el SERNAPESCA, la Armada y Carabineros, deben fiscalizar dicha ley y sus reglamentos, según corresponda a la jurisdicción de cada uno.

En el caso específico que analizo, como señalé antes, el permiso del art. 141 del RSEIA vincula al art. 5° del RRS, y por medio de los contenidos técnicos y formales que debe presentar el proponente, debe demostrar prospectivamente que “la instalación de relleno sanitario no cause problemas que afecten la salud, bienestar o seguridad de la población”, requerimiento idéntico en ambos reglamentos. Pero una vez obtenidos la resolución de calificación ambiental y el permiso ambiental sectorial, y previo a comenzar la etapa de operación, el art. 27 del RRS obliga a obtener de la Autoridad Sanitaria la habilitación del relleno sanitario, pues “no se podrá iniciar la operación de un Relleno Sanitario sin que la Secretaría Regional Ministerial de Salud competente haya extendido la respectiva Autorización Sanitaria de Funcionamiento, la que cuando corresponda deberá ser otorgada en concordancia con la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”, para lo cual, “deberá verificar el cumplimiento de toda normativa sanitaria adicional aplicable y que además se ha completado la etapa de habilitación contemplada en el respectivo proyecto”. Según el art. 2° del RSS, corresponde a la Autoridad Sanitaria fiscalizar y controlar el cumplimiento de dicho reglamento, sin perjuicio de la legislación ambiental vigente. Por tanto, a través del instrumento de gestión sectorial, dicho OEC debe controlar permanentemente al operador del relleno sanitario, aunque normalmente también recaiga sobre éste una resolución de calificación ambiental que contiene la referencia íntegra al RSS.

2.6. Observaciones

Con la adopción de la Ley N° 20.417, efectivamente cambió el control y fiscalización de los rellenos sanitarios con resolución de calificación ambiental, bajo una reforma ambiental que, en palabras de la CGR, la ASRM “[...] dado su carácter de organismo sec-

torial, sólo [sic] debe fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental en comento, 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 [...]”, recordando que el art. 22 de la LOSMA “[...] dispone que la Superintendencia realizará la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, como también encomendará dichas acciones a los organismos sectoriales, cuando corresponda, para lo cual impartirá directrices a estos últimos, informando las acciones fiscalizadoras que asumirán, los plazos y oportunidades para su realización y las demás condiciones pertinentes [...]”.

En esta interpretación está la raíz del problema regulatorio. Nótese que en este caso, como ya señalé, la R.E. N° 76/2012 (CEA RM) establece en su considerando 5.4.1 que el titular debe dar cumplimiento a todo el RRS. Por eso, se rompe precisamente con el diseño de coordinación que proviene del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, y también con el funcionamiento de los permisos ambientales sectoriales, al dar una preferencia absoluta al control de la resolución de calificación ambiental por medio de la SMA, en total detrimento del control de los permisos ambientales sectoriales y de la normativa ambiental sectorial en la cual están insertos, por los OEC. Esta ruptura trae problemas serios.

3. Sistema de Fiscalización Ambiental

3.1. 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 multisectorial”²⁸.

El proyecto optó por un sistema de fiscalización basado en la coordinación de la SMA con los demás servicios públicos, por eso la redacción propuesta del art. 2° de la LOSMA expresaba que este servicio público “tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de (los instrumentos de gestión ambiental) [...] cuando corresponda” y “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”²⁹.

²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.417*, 2010, 13.

²⁹ *Ib.*, 29.

Durante la discusión legislativa, varios expertos comentaron ese diseño. De esta forma, Barton señaló que “(provocaría) el traslape de funciones y competencias con otros Ministerios y Servicios”³⁰, Durán 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”³¹, y Pinochet que “el artículo 2º, 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 a la Superintendencia, lo que no es señalado expresamente”³².

Tras estas apreciaciones, la administración Bachelet se refirió a las alternativas disponibles para abordar la “duplicidad de competencias con otros servicios”, e indicó que estaría dispuesta a “explicitar la competencia que concentra la Superintendencia a fin de evitar duplicidad”³³. Finalmente se hizo la indicación, y la entonces Ministra Uriarte 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”³⁴. Pero nunca quedó claro en qué consistían “exclusividad” y “subordinación”, que son conceptos contradictorios, pues una competencia exclusiva no subordina a otra competencia, sino que la excluye totalmente.

El problema es que el diagnóstico estuvo centrado en los problemas de fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, síntoma de la *SEIAzación*, que como expresó Sierra “parece (haber) consumido buena parte de la energía de la regulación ambiental”³⁵, lo que provocó una irreflexión acerca del funcionamiento y fiscalización de los demás instrumentos, no obstante que él mismo había observado antes que el proyecto en discusión “no facilita la función unificadora que se pretende, y que se necesita para racionalizar la tarea de fiscalización ambiental, hoy afectada de una poco racional superposición de competencias sectoriales”³⁶, y que se necesita “una Superintendencia que absorba todas las competencias fiscalizadoras”³⁷. Además, la extrapolación de conclusiones desde ese ámbito, se evidenció en diagnósticos genéricos, así expresó Cordero que “el sistema de institucionalidad ambiental descansa sobre la base de la coordinación, sin producir efectos de de-

³⁰ *Ib.*, 119.

³¹ *Ib.*, 155.

³² *Ib.*, 161.

³³ *Ib.*, 179.

³⁴ *Ib.*, 214–215.

³⁵ Lucas Sierra, “Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades,” *Estudios Públicos (CEP)*, no. 111 (2008): 73.

³⁶ *Ib.*, 89.

³⁷ *Ib.*, 99.

rogación de las competencias sectoriales” y que “una de las características comunes del modelo de fiscalización chileno es su completa sectorialización”³⁸.

Pero este problema fue advertido previamente por Asenjo, observando “la debilidad del diagnóstico que lleva a este conjunto tan amplio de compromisos institucionales, ya que no se conoce una evaluación en profundidad del efectivo funcionamiento de la estructura institucional existente”³⁹.

3.2. Competencia exclusiva de fiscalización y principio de colaboración

Las potestades fiscalizadoras de la SMA están desarrolladas en los arts. 2° y 3° de la LOSMA, en relación con los párrafos 1° y 2° de su Título II. Como se verá enseguida, se ha sostenido repetidamente que el art. 2° inc. 2° determina la derogación tácita de las competencias ambientales de fiscalización de todos los servicios públicos sectoriales respecto de todas las normas de calidad, normas de emisión y planes de prevención y descontaminación, y desde luego, de las resoluciones de calificación ambiental.

Por su parte, desarrollando el modelo de fiscalización, los arts. 16 y 17 de la LOSMA señalan que “para el desarrollo de las actividades de fiscalización, la Superintendencia deberá establecer, anualmente, los siguientes programas y subprogramas”, referidos a distintos instrumentos de gestión ambiental, y que “para la elaboración de estos programas y subprogramas, con la debida anticipación, se solicitará a los organismos con competencia en fiscalización ambiental informes acerca de las prioridades de fiscalización que hubieren definido”, previniendo que “deberán garantizar adecuadamente la participación en la fiscalización de la Superintendencia y de los organismos sectoriales”. Pero desde ya debo advertir que evidentemente el mecanismo de programación y subprogramación es contradictorio con la interpretación del art. 2° inc. 2° que sostiene la exclusividad de las competencias fiscalizadoras de la SMA.

No obstante, como ya se indicó, basada en una simple interpretación sobre la intención legislativa y en una frase del art. 22 de la LOSMA que señala que la SMA “también encomendará dichas acciones (de fiscalización) a los organismos sectoriales, cuando corresponda”, la CGR dictaminó que “[...] (un) organismo sectorial, sólo [sic] 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 [...]”, e hizo presente además que “[...] se aprobó un convenio de encomendación de acciones de fiscalización entre

³⁸ Luis Cordero, “Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno,” en *Actas de las IV Jornadas de Derecho Ambiental*, ed. Pilar Moraga et al. (Santiago: Legal Publishing, 2008): 34.

³⁹ Rafael Asenjo, “Institucionalidad pública ambiental: ¿aplicación o transformación?,” *Revista de Derecho Ambiental (UCh)*, no. 3 (2009): 231.

dicha entidad y la Subsecretaría de Salud Pública [...]”⁴⁰.

La determinación anterior es sorprendente, ya que la mayoría de las opiniones existentes reconocen implícitamente que este aspecto debe ser interpretado cuidadosamente, a diferencia de lo sostenido respecto de la potestad sancionatoria de la SMA, donde es pacífico que ésta es exclusiva. Apenas Cannoni, Riesco y Osorio sostienen que la LOSMA “es absolutamente clara y tajante al establecer la competencia exclusiva y excluyente de la Superintendencia para ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización”⁴¹. Pero otros autores no son ni cercanamente tan categóricos.

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 ejercerla de manera directa, a menos... que hubieren sido incluidos en un subprograma de fiscalización”⁴²; no obstante, contradictoriamente reconoce que de la lectura de esa misma norma “puede desprenderse [...] que las competencias fiscalizadoras, aparentemente, no fueron concentradas en la Superintendencia”⁴³, que hay una distinción entre “la potestad fiscalizadora directa, y la forma en que ella se lleva a cabo”, 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”⁴⁴, y 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” y “deberán desarrollarse en el marco de los programas y subprogramas”⁴⁵.

Por su parte, Astorga mantiene que la SMA “concentra o debería concentrar la totalidad de la acción fiscalizadora del Estado en materia ambiental”⁴⁶, y que “el análisis del cumplimiento normativo se realiza a través de organismos sectoriales con competencia ambiental”⁴⁷. A su turno, Fernández indica que, dada la redacción del art. 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

⁴⁰ Contraloría General de la República, Dictamen N° 25081/2013.

⁴¹ Leslie Cannoni, Felipe Riesco, Cristóbal Osorio, “El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la Superintendencia del Medio Ambiente para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental establecido en el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente,” *Revista de Derecho Ambiental (UCh)*, no. 5 (2015): 139.

⁴² Jorge Bermúdez, “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental,” *Revista de Derecho (UCV)*, no. 40 (2013): 433.

⁴³ Jorge Bermúdez, *Fundamentos de Derecho Ambiental Chileno* (Valparaíso: EUV, 2014), 453.

⁴⁴ *Ib.*, 456.

⁴⁵ Jorge Bermúdez, “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental,” *Revista de Derecho (UCV)*, no. 40 (2013), 440–441.

⁴⁶ Eduardo Astorga, *Derecho Ambiental Chileno, parte general* (Santiago: Abeledo Perrot, 2012): 271.

⁴⁷ *Ib.*, 274.

problemas”⁴⁸. Mallea sostiene que la SMA “ostenta facultades de fiscalización exclusivas sobre los instrumentos a que se refiere el artículo (2°) anterior”, pero indica que “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”⁴⁹.

Riquelme, Medina y Bustos sostienen que la SMA tiene como propósito “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 “será en el transcurso de (su) puesta en marcha [...] donde se podrían manifestar dificultades en la coordinación, teniendo como antecedente la experiencia de CONAMA”⁵⁰. Boettiger asevera que “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”⁵¹. 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)”⁵². También señala Cordero que la competencia de fiscalización de la SMA 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 Superintendencia [...] cuando un servicio sectorial incumple sus obligaciones en un programa de fiscalización”⁵³.

Es tan severo el problema, que el nuevo convenio celebrado por la SMA con los demás organismos, en reemplazo de los convenios administrativos de encomendación ha agregado más confusión. Por la R.E. N° 673/2015 SMA, se celebró bajo la iniciativa de la SMA un nuevo convenio administrativo entre varios organismos con competencias ambientales. En su cláusula sexta, todos acordaron dejar sin efecto los convenios administrativos de encomendación anteriores, excepto la SISS, que a pesar de suscribir el nuevo convenio, se negó a dejar sin efecto el convenio original.

El nuevo convenio se adoptó “con la finalidad de fortalecer el modelo de fiscaliza-

⁴⁸ Pedro Fernández, *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (Santiago: Thomson Reuters, 2013): 128.

⁴⁹ María Mallea, “La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile,” *Revista de Derecho (CDE)*, no. 32 (2014): 139–140.

⁵⁰ Paulina Riquelme, Paula Medina, Daniela Bustos, “Nueva institucionalidad ambiental: criterios de diseño para el desarrollo regulatorio,” *Actualidad Jurídica (UDD)*, no. 23 (2011): 244–245.

⁵¹ Camila Boettiger, “Nueva institucionalidad ambiental,” *Actualidad Jurídica (UDD)*, no. 22 (2010): 447–448.

⁵² Marie Plumer, “Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, ed. Javier Couso (Santiago: UDP, 2013), 310.

⁵³ Luis Cordero, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters: 2015): 199.

ción ambiental creado por la Ley 20.417, haciendo un uso eficiente de las capacidades de fiscalización de los organismos con competencia ambiental a nivel nacional”, que reconoce el rol de la SMA “como entidad rectora de la fiscalización ambiental en Chile respecto de los instrumentos de carácter ambiental de su competencia” y “la experiencia de los organismos del Estado con responsabilidad en este ámbito”, y que la Red de Fiscalización Ambiental “busca mejorar la fiscalización en Chile, a través del diálogo ínter-pares y un compromiso colaborativo”, definida dicha red como “una instancia de encuentro y colaboración técnica entre los organismos del Estado que desarrollan actividades de fiscalización ambiental”, que “busca fundamentalmente compartir conocimiento técnico sobre metodologías, procedimientos y protocolos de fiscalización ambiental”, pero advirtiendo que dicho convenio “no sustituye en ningún caso los Programas y Subprogramas de Fiscalización Ambiental [...] por medio de los cuales se encomiendan actividades de fiscalización a los organismos sectoriales”. Por tanto, si bien parece que este convenio subvierte la lógica inicial, en realidad busca crear condiciones para mejor la coordinación desde la horizontalidad, en el entendido que todos estos organismos deben aplicar el principio de coordinación, y por tanto deben alcanzar acuerdos de actuación o apelar al principio de cooperación, y por tanto se prescinde de la competencia de coordinación directiva, entendida como potestad.

En resumen, existe una severa confusión respecto de la extensión de las potestades fiscalizadoras de la SMA, por cuanto los arts. 2° y 35 de la LOSMA tienen redacciones muy distintas: éste último contiene la frase afirmativa con enunciado afirmativo “corresponderá exclusivamente”, mientras que el primero contiene la frase afirmativa con enunciado afirmativo “tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización [...] cuando corresponda” y la frase afirmativa con enunciado negativo “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”, pero los demás artículos referidos a estos organismos sectoriales se refieren a éstos como competentes. Esta confusa redacción ha permeado a la SMA, la ASRM, la CEI, e incluso a la CGR: los árboles no dejan ver el bosque.

3.3. Competencia concurrente de fiscalización y exclusiva de coordinación directiva

La coordinación de competencias es un asunto difícil cuando se define como principio, y por tanto, sin señalar coordinador y coordinados, sino como un diálogo entre pares. Por eso coincido con Cordero cuando advierte que existe “una tendencia a resolver las relaciones interadministrativas sobre la base del principio de competencia, asentada en una cultura que entiende que la satisfacción de los intereses colectivos y 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”⁵⁴. En esa posición se sitúan la SMA, la ASRM, la CEI y la CGR cuando se enfrentan a la investigación, pues la única pregunta que surge es acerca de quién tiene la competencia exclusiva de fiscalización.

Precisamente, entre los motivos de la reorganización administrativa en asuntos ambientales estuvieron “las dificultades que presenta una institución transversal en una Administración pública vertical” y “la incomprensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación”⁵⁵, las que al parecer subsisten hoy. Por este *ethos* funcionario, la coordinación directiva fue ignorada por los intervinientes en la implementación y transición de la reorganización administrativa, a pesar que el diseño del nuevo modelo de fiscalización ambiental no tuvo como finalidad concentrar esa competencia en la SMA, con total exclusión de los demás servicios públicos.

Por eso, una vez convertida la reforma en ley, Cordero afirma que no modificó el modelo normativo de coordinación instaurado por la Ley N° 19.300, sino que “se consolidó ese modelo de gestión de instrumentos, pero a cargo de entidades públicas diferenciadas: el (MMA) [...] el (SEA) [...] y la (SMA) a cargo del sistema de fiscalización integrado de instrumentos de gestión ambiental”⁵⁶. Sin embargo luego se contradice, 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”, concluyendo inevitablemente que “los servicios públicos [...] serán incompetentes para fiscalizar instrumentos de gestión ambiental y sólo [sic] podrán realizar este tipo de actividades si han suscrito con la Superintendencia un convenio de encomendación de acciones”⁵⁷.

La figura de los “convenios similares a los de encomendación de acciones” devino necesaria para reafirmar la competencia exclusiva de la SMA, como mecanismo para incorporar a otros servicios públicos en la fiscalización ambiental integrada. Pero esta construcción genera contradicciones insalvables, baste señalar que no están contemplados ni en la LOSMA ni en la Ley N° 18.575, algo que ya señaló el Tercer Tribunal Ambiental⁵⁸, y que además resultarían en un sistema integrado voluntariamente por los que deseen ser coordinados.

En mi opinión, la reforma tuvo como fin entregar a la SMA competencias para fis-

⁵⁴ Eduardo Cordero, “El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos,” *Revista de Derecho (UCV)*, no. 39 (2007): 269–298.

⁵⁵ Congreso Nacional, 8.

⁵⁶ L. Cordero, 366–367.

⁵⁷ Luis Cordero, “Fiscalización ambiental,” *El Mercurio Legal*, Octubre 23, 2012, consultado Diciembre 8, 2016, disponible en <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901512&Path=/0D/C1/>

⁵⁸ Exportadora Los Fiordos S.A. c/ Superintendencia, rol R-23-2015, sentencia de 26 de mayo de 2016, c. 3°.

calizar directamente las materias del art. 2° de la LOSMA, pero no conferidas en exclusividad, sino en concurrencia con otros servicios públicos. Además, y esto es muy importante, también tuvo como fin entregarle la coordinación del sistema integrado de fiscalización ambiental, pero no basado en el principio de coordinación, sino en una competencia exclusiva de coordinación directiva, concebida por 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 [...]”⁵⁹.

En este contexto, la coordinación directiva presupone que, por una parte existe un organismo con competencias de fiscalización de un instrumento de gestión sectorial que está integrado total o parcialmente dentro de un instrumento de carácter ambiental; y por la otra, que la SMA también puede fiscalizar el instrumento de gestión sectorial integrado total o parcialmente dentro del instrumento de carácter ambiental, en la parte o el todo que esté integrado, pero que además ejerce un poder coordinante y directivo que condiciona el ejercicio de las competencias de fiscalización del otro organismo.

Esta competencia de coordinación directiva se ejerce derechamente, sin necesidad de convenio alguno, a través de los programas de fiscalización y sus subprogramas que debe elaborar la SMA según el art. 17 de la LOSMA. Como los demás servicios públicos conservan sus competencias, pero de forma subordinada, no pueden rehusar jurídicamente integrarse a los subprogramas de fiscalización. Además, como señala el art. 20 de la LOSMA, los programas y subprogramas de fiscalización consistirán solo de inspecciones en terreno, dejándose fuera la revisión de los reportes de seguimiento remitidos por los regulados en cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios de monitoreo, registro y reporte. Esto último es muy importante, porque como se verá más adelante, hubiera permitido muy probablemente la detección temprana de las irregularidades en el relleno sanitario Santa Marta.

De esta forma, también adquieren sentido los arts. 16 y 17 de la LOSMA, pues se comprendería que la subprogramación es el ejercicio de la competencia de coordinación directiva, de ahí la necesidad de consulta a “organismos con competencia en fiscalización ambiental informes acerca de las prioridades de fiscalización que hubieren definido” y de que se deba “garantizar adecuadamente la participación en la fiscalización de la Superintendencia y de los organismos sectoriales”.

También recuperan sentido los arts. 48 bis y 70 letra o) de la Ley N° 19.300, pues se comprendería la necesidad del informe previo del MMA en “[...] 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 además el deber del MMA de interpretar administrativamente estos mismos instrumentos, “[...] previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica y la Superintendencia del

⁵⁹ E. Cordero, 283.

Medio Ambiente [...]”. Precisamente en ese sentido se pronunció el Tercer Tribunal Ambiental, 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 [sic] garantizarían adecuadamente la participación en la fiscalización de los organismos sectoriales “en la medida que se celebren esos convenios”, y que “extensivamente, también privaría de efecto al artículo 70 letra o) de la Ley N° 19.300, pues el Ministerio sólo [sic] podría solicitar informes para la interpretación administrativa” a la SMA⁶⁰.

Además, la coordinación presupuestaria solo tiene sentido bajo esta interpretación, por esto es que el art. 17 inc. 3° de la LOSMA señala que en los programas y subprogramas se deben indicar “los presupuestos sectoriales asignados, de conformidad a lo establecido en el artículo 70 letra l) de la ley N° 19.300, así como los indicadores de desempeño asociados”, mientras que el art. 23 inc. 2° de la misma ley establece que “los convenios de desempeño a los cuales se refiere la ley N° 19.882 [...] deberán contener las obligaciones específicas de cumplimiento sujetas a indicadores verificables, relativos a los procedimientos de fiscalización regulados en la presente ley”. Estas normas no pueden depender de la celebración de un convenio administrativo de encomendación de acciones, pues basta no suscribirlo para dejarlos sin aplicación.

Por último, reforzando esta interpretación está que el art. 2° inc. 3° de la LOSMA otorga a la SMA potestades normativas que ejerce sobre los organismos sectoriales, pues éstos “deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”. Esta disposición solo tiene sentido si se refiere a una competencia concurrente, que también da sentido al art. 25 de esa misma ley, que dispone que “las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas [...] por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por (la Superintendencia) relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis”.

Entonces es posible identificar a la SMA como organismo fiscalizador coordinador, y a los demás organismos que en el SEIA son OEC, como organismos fiscalizadores coordinados (OFC).

3.4. Separación entre seguimiento e inspección

Antes afirmé que la coordinación directiva presupone que existen dos o más servicios públicos con competencias sobre fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, y que la SMA ejerce además un poder coordinante y directivo, que condiciona el ejercicio de las competencias de fiscalización de los OFC, y que se ejerce directamente, sin nece-

⁶⁰ Exportadora Los Fiordos S.A. c/ Superintendencia, c. 4°.

sidad de convenio alguno, a través de los programas y subprogramas de fiscalización. Además afirmé que éstos deben contener únicamente acciones de inspección de instalaciones, tal como señala expresamente el art. 20 de la LOSMA, dejándose fuera la revisión de los reportes de seguimiento remitidos por los regulados en cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios de monitoreo, registro y reporte.

En ese sentido, el art. 22 de la LOSMA dispone que la SMA “realizará la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, como también encomendará dichas acciones a los organismos sectoriales, cuando corresponda”, pero si se lee en conjunto con el art. 23, se verá que establece deberes mutuos de información, pues “la Superintendencia deberá informar a los organismos sectoriales correspondientes la ejecución de sus inspecciones, mediciones y análisis respectivos, de manera de evitar duplicidad de funciones”, mientras que los OFC deben “reportar periódicamente a la Superintendencia, sobre el grado de cumplimiento de los procedimientos de fiscalización”.

Por eso es necesario distinguir nítidamente entre seguimiento e inspección ambiental.

En el seguimiento ambiental se establecen deberes de monitoreo, registro y reporte de información a la Administración, normalmente periódicos y adicionalmente contingentes. En ese sentido, materializa el principio quien contamina paga, pues no solo se internalizan los costes de evitar o reducir la contaminación, concebida como externalidad negativa, por medio de normas e impuestos, sino también los costes de controlar periódicamente su cumplimiento. Si los instrumentos normativos ambientales son generales y sin expresión multisectorial, como las normas de emisión, normalmente la información ha de ser remitida a un solo OFC; pero si son individuales y con expresión multisectorial, como las resoluciones de calificación ambiental, normalmente la información ha de ser remitida a los OFC que previamente participaron en el SEIA como OEC.

Sin embargo, respecto de las resoluciones de calificación ambiental, la SMA ha instruido exactamente lo contrario, basándose en el art. 3° letras d) y f) de la LOSMA, ordenando que “la información deberá ser remitida directamente a la Superintendencia [...] dentro del plazo y frecuencia establecidos” en la resolución de calificación ambiental, “de acuerdo a los formatos establecidos para el ingreso de información en el Sistema Electrónico de Seguimiento Ambiental”⁶¹. Esto significa que todo informe de seguimiento ambiental debe ser remitido a ella. La información de seguimiento está totalmente centralizada en la SMA, su revisión es considerada una actividad de fiscalización, y como tal es programada y subprogramada. Esta centralización más la interpretación de competencias exclusivas y excluyentes, es muy peligrosa para la detección de infracciones.

En cambio, la inspección ambiental es la expresión por excelencia de las potestades

⁶¹ RE N° 223/2015 SMA, y previamente RE N° 844/2012 SMA.

fiscalizadoras, que como contrapartida conlleva la sujeción a que están sometidos los titulares de proyectos o actividades, quienes deben tolerar y facilitar la intrusión física de la Administración en sus instalaciones. En ese sentido, la referencia al art. 20 de la LOSMA es inevitable, y además es esclarecedora y categórica, pues dispone que “la ejecución de los programas y subprogramas de fiscalización contempla las actividades de inspección propiamente tal, el análisis de la información obtenida en las primeras y la adopción de las medidas que correspondan”, y por tanto no establecen nada más. El único análisis de información concebible en los programas y subprogramas es el de la información obtenida en las actividades de inspección, y no la de la información remitida por seguimiento, y éste ha de ser el final de la discusión.

Un asunto distinto es crear un sistema centralizado de reporte, donde los OFC ingresen para revisar la información reportada, previamente sometida a estandarización por medio de las instrucciones impartidas por la SMA. Por eso, el art. 31 de la LOSMA obliga a dicho servicio a administrar el SNIFA, de acceso público, que se conformará con “las mediciones, análisis y demás datos que los titulares deban proporcionar de conformidad a las exigencias establecidas” por resoluciones de calificación ambiental, entre otros antecedentes y datos. Pero nada de esto obsta a que, entre la SMA y los OFC se priorice la revisión detallada de informes de seguimiento de proyectos o actividades con mayores niveles de riesgo.

Además, la interpretación de competencias exclusivas y excluyentes genera un desincentivo en todos los OFC, pues dicha interpretación los declara incompetentes, y bajo una lógica de maximización de presupuesto estos desearán eliminar o reducir la colaboración con la SMA y reenfocar sus esfuerzos fiscalizadores en las materias en que son competentes, sin mayores consecuencias, pues es donde van a ser evaluados en su desempeño presupuestario y también ante la opinión pública. Si antes la fiscalización ambiental era generalmente un giro secundario de estos servicios, salvo para la Autoridad Sanitaria –es su giro primario pues no realiza actividades de fomento–, pasará progresivamente a ser un giro terciario, sustentado quizás únicamente en que deben participar en el SEIA y por tanto les quedará alguna capacidad instalada.

Esto es exactamente lo sucedido en el caso del relleno sanitario Santa Marta, donde la ASRM disminuyó sus inspecciones ambientales y las revisiones de reportes de seguimiento, porque ya no eran de su competencia, y la SMA fue incapaz de absorber esa disminución. Así quedaron, quedan y quedarán informes de seguimiento sin revisión oportuna, y por eso antes señalé que dicha interpretación es muy peligrosa para la detección de infracciones. Esto se evidencia claramente con el Informe Final de Auditoría N° 208/2016, de la Contraloría, que comprueba que numerosos informes de seguimiento remitidos a la Superintendencia desde fines de 2013 están aún en etapa de admisibilidad, por tanto están sin

revisión alguna, con todos los riesgos materiales y jurídicos que esto involucra⁶².

Conclusiones

De mantenerse la interpretación que las competencias fiscalizadoras de la SMA son exclusivas, las consecuencias seguirán siendo contraproducentes, y si se sostiene que son concurrentes, pero basadas en el principio de coordinación, serán aún más contraproducentes. Nótese que en el Informe Final de Auditoría N° 208/2016, la CGR constató que “la cantidad de fiscalizaciones disminuyó entre los años 2011 y 2015, por ejemplo, de 34 fiscalizaciones realizadas el 2012 la cantidad se redujo a un total de 13 el año 2013, entre la SEREMI y la Superintendencia”, pero evita indagar por qué sucede tal situación. La respuesta es simple, la ASRM seguirá sin incentivos reales para actuar, y ese déficit deberá ser cubierto por la SMA.

Sin embargo, el diseño de superposición de competencias también contiene problemas. Pardow señala que “permite el arbitraje regulatorio (‘actuación contradictoria’), interfiere con la unidad de mando (‘actuación sucesiva’) y genera dinámicas de acción colectiva (‘pasividad recíproca’), aclarando que “las reglas de subordinación absoluta llevan implícita una preferencia política que es difícil de sostener en el tiempo, las que por lo general terminan erosionándose”, mientras que “las reglas de subordinación relativa [...] descansan en una combinación de factores, pero siempre dejan márgenes de incertidumbre en los que los problemas de coordinación vuelven a surgir”⁶³.

En ese sentido, una interpretación armónica del art. 2° inc. 2° de la LOSMA, en relación con el resto de esa misma ley, con la Ley N° 19.300, y con el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, permite concluir que las competencias son concurrentes y que la SMA ejerce una coordinación directiva, de unidad de mando, eliminando el riesgo de actuación contradictoria, sucesiva o recíprocamente pasiva con los OFC, que son precisamente los riesgos identificados de este diseño. No se trata del principio de coordinación, sino de la competencia de coordinación directiva, por tanto, de una posición de preeminencia relativa de la SMA sobre los OFC, tal como tiene el SEA sobre los OEC. Esta interpretación elimina los incentivos de los OFC para desertar o disminuir la cooperación fiscalizadora.

Si es ineficiente que dos o más servicios actúen descoordinadamente de forma contradictoria o sucesiva, más ineficiente es que estén en pasividad recíproca y no actúen, como ocurrió en el caso que he analizado. Por tanto, es necesaria una racionalización y adaptación urgente de las reglamentaciones ambientales y sectoriales, no sólo actualizando su redacción a la nueva institucionalidad, sino a una interpretación que normalice las capaci-

⁶² Contraloría General de la República, Informe Final de Auditoría N° 208/2016: 79–91.

⁶³ Diego Pardow, “El SERNAC y los reguladores sectoriales: buscando mecanismos para una mejor coordinación,” *Revista Economía y Política (UDP)*, vol. 2, no. 2 (2015): 131.

dades de todos los organismos involucrados, distinguiendo seguimiento e inspección, que reitero que la SMA es el coordinador directivo de la fiscalización ambiental y que los OFC están subordinados en este aspecto. Solo así se minimiza el riesgo de otro *dèjà vu*.

Bibliografía

- Asenjo, Rafael, “Institucionalidad pública ambiental: ¿aplicación o transformación?,” *Revista de Derecho Ambiental (UCh)*, no. 3 (2009).
- Astorga, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno, parte general* (Santiago: Abeledo Perrot, 2012).
- Bermúdez, Jorge, “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental,” *Revista de Derecho (UCV)*, no. 40 (2013).
- Bermúdez, Jorge, “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental,” *Revista de Derecho (UCV)*, no. 40 (2013).
- Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental Chileno* (Valparaíso: EUV, 2014).
- Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 2010.
- Boettiger, Camila, “Nueva institucionalidad ambiental,” *Actualidad Jurídica (UDD)*, no. 22 (2010).
- Cannoni, Leslie, Felipe Riesco y Cristóbal Osorio, “El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la Superintendencia del Medio Ambiente para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental establecido en el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente,” *Revista de Derecho Ambiental (UCh)*, no. 5 (2015).
- Contraloría General de la República. Informe Final de Auditoría N° 208/2016.
- Cordero, Eduardo, “El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos,” *Revista de Derecho (UCV)*, no. 39 (2007).
- Cordero, Luis, “Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno”, en *Actas de las IV Jornadas de Derecho Ambiental*, ed. Pilar Moraga et al. (Santiago: Legal Publishing, 2008).
- Cordero, Luis, “Fiscalización ambiental,” *El Mercurio Legal*, Octubre 23, 2012, consultado Diciembre 8, 2016, disponible en <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901512&Path=/0D/C1/>
- Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters, 2015).
- Fernández, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (Santiago: Thomson Reuters, 2013).
- Mallea, María Isabel, “La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile,” *Revista de Derecho (CDE)*, no. 32 (2014).
- Plumer, Marie Claude, “Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, ed. Javier Couso (Santiago: UDP, 2013).
- Pardow, Diego, “El SERNAC y los reguladores sectoriales: buscando mecanismos para una mejor coordinación,” *Revista Economía y Política (UDP)*, vol. 2, no. 2 (2015).
- Paulina Riquelme, Paula Medina, Daniela Bustos, “Nueva institucionalidad ambiental: criterios de diseño para el desarrollo regulatorio,” *Actualidad Jurídica (UDD)*, no. 23 (2011).
- Sierra, Lucas, “Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades,” *Estudios Públicos (CEP)*, no. 111 (2008).

Leyes y normas

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Decreto N° 40, 2013, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Jurisprudencia administrativa

Dictámenes N° 25248/2012, 298/2014, 20018/2015, 25081/2013, 6190/2014, 17953/2014, y 28047/2015, 61224/2016.

Recibido: 12-12-2016

Aceptado: 24-6-2017