

INFORME FINAL

Modificación a la Ley Orgánica de la
Superintendencia del Medio Ambiente:

100 PROPUESTAS

**para fortalecer el cumplimiento
de la normativa ambiental**

MARZO 2022



Agradecimientos:

Académicos y Expertos en materia de Derecho Administrativo, Fiscalización y Medio Ambiente:

Sr. Luis Cordero Vega,

Sr. Jorge Femenías Salas,

Sr. Cristian Franz Thorud,

Sra. Dominique Hervé Espejo,

Sra. Ximena Insunza Corvalán,

Sr. Ricardo Irrarázabal Sánchez,

Sr. Juan Eduardo Johnson Vidal,

Sra. Marie Claude Plumer Bodin,

Sra. Cecilia Urbina Benavides,

Asesores de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, del Ministerio de Medio Ambiente y de la Superintendencia de Medio Ambiente:

Sra. Andrea Barros Iverson,

Sra. Alejandra Fischer Telias,

Sr. Emanuel Ibarra Soto,

Sr. Eduardo Méndez Corvalán,

Sr. Matías Ortiz Méndez,

Sr. Cesar Quiroga Soria,

Sr. Alexandre Sánchez Wadie,

Sr. Javier Sánchez Reyes,

Sra. Anelka Vrsalovic Melo,

Secretaría de la Comisión de Medio Ambiente del Senado:

Sra. Magdalena Palumbo Ossa,

Sra. Carolina Galleguillos Riquelme,

Sra. Katherine Ortiz Castro, y

Sra. María Fernanda Esteban.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1	Introducción	1
1.1	Diagnóstico general	2
1.2	Modelo Institucional	5
1.3	Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado	6
1.4	Mesa de Expertos	8
1.5	Metodología General	9
1.5.1	Objetivos	9
1.5.2	Propuesta de Trabajo	10
1.5.3	Audiencias en Mesas	10
1.5.4	Trabajo Submesas	11
1.5.5	Trabajo en Plenarias	11
1.5.6	Redacción de Informe y Correcciones	11
2	Temáticas	13
2.1	Denuncias y Participación Ciudadana	13
2.1.1	Antecedentes	13
2.1.2	Propuestas de la Submesa	17
2.1.3	Propuestas adicionales de la SMA	21
2.1.4	Propuestas de otros actores	21
2.1.5	Comentarios Finales	21
2.1.6	Propuestas de articulado	23
2.2	Potestad Fiscalizadora y de Seguimiento Ambiental	24
2.2.1	Antecedentes	24
2.2.2	Propuestas de la Submesa	27
2.2.3	Propuestas adicionales de la SMA	34
2.2.4	Propuestas de otros actores	34
2.2.5	Comentarios Finales	35
2.2.6	Propuestas de articulado	35
2.3	Potestad Sancionadora	36
2.3.1	Antecedentes	36
2.3.2	Propuesta de la Submesa	39

2.3.3	Propuestas adicionales de la SMA	43
2.3.4	Propuestas de otros actores	44
2.3.5	Comentarios Finales	44
2.3.6	Propuestas de articulado	47
2.4	Potestad Cautelar	48
2.4.1	Antecedentes	48
2.4.2	Propuesta de la Submesa	50
2.4.3	Propuestas adicionales de la SMA	52
2.4.4	Propuestas de otros actores	52
2.4.5	Comentarios Finales	53
2.4.6	Propuestas de articulado	54
2.5	Incentivos al Cumplimiento	56
2.5.1	Antecedentes	56
2.5.2	Propuestas de la Submesa	60
2.5.3	Propuestas adicionales de la SMA	66
2.5.4	Propuestas de otros actores	66
2.5.5	Comentarios Finales	66
2.5.6	Propuestas de articulado	69

ÍNDICE TABLAS

Tabla 1. Presupuesto agencias fiscalizadoras en el país.	4
Tabla 2. Fiscalizaciones ambientales subprogramadas según organismo.	25

ÍNDICE FIGURAS

Figura 1. Distribución de Unidades Fiscalizables (UF) en Chile.	2
Figura 2. Evolución de presupuesto para fiscalización y sanción ambiental.....	4
Figura 3. Evolución anual de número de denuncias recibidas.	15
Figura 4. Distribución porcentual regional de denuncias recibidas.	15
Figura 5. Número de fiscalizaciones realizadas por la SMA por año.....	24
Figura 6. Número de dictámenes por año.	36
Figura 7. Distribución clasificación de infracciones.	37
Figura 8. Multas cursadas por la SMA (Unidades Tributarias Anuales, UTA).....	38
Figura 9. Número de medidas cautelares por año (MP y MUT).....	49
Figura 10. Distribución de tipo de medidas provisionales por año.....	50
Figura 11. Aprobación o rechazo programas de cumplimiento.	57

1 Introducción

La Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) es una de las principales vías de acceso a la justicia ambiental para las personas, constituyendo una pieza central de la institucionalidad ambiental del país, conformada además por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y los Tribunales Ambientales (TA).

La SMA fue creada por medio de la Ley N°20.417 (2010), que buscaba modernizar el sistema de fiscalización y cumplimiento vigente. Anterior a su puesta en marcha eran la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) en conjunto con las Comisiones Regionales (COREMAs), las que mantenían facultades de sancionar administrativamente. No obstante, el principal foco de ambas era coordinar el desarrollo de las políticas y regulaciones en materia ambiental y administrar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y la fiscalización ambiental estaba radicada principalmente en otros servicios sectoriales.

Las razones que promovieron la creación de la Superintendencia sostenían la necesidad de racionalizar la persecución y sanción de las infracciones ambientales; así como tecnificar esta labor y separarla de decisiones políticas, que podrían interferir con su eficiencia y eficacia. Esta postura se correspondía con las evaluaciones nacionales e internacionales realizadas a la institucionalidad ambiental por parte de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que proponían realizar esta reforma para acceder a esta membresía.

Justamente, el ingreso de Chile a esta entidad reveló una fiscalización ambiental poco orgánica y estandarizada, sanciones ambientales no disuasivas y la inexistencia de incentivos al cumplimiento normativo. Para enfrentar lo anterior, entró en vigencia la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), la que, de acuerdo a su Mensaje Presidencial, tuvo como principios rectores la racionalización de las competencias en materias de fiscalización ambiental que garanticen la integridad de la regulación ambiental; la promoción o incentivos al cumplimiento; la instrucción de procedimientos sancionatorios eficaces; y, la aplicación de sanciones disuasivas.

De este modo, la misión de la SMA es asegurar el cumplimiento normativo de instrumentos de gestión ambiental como resoluciones de calificación ambiental, normas de emisión, planes de descontaminación, entre otros. Con este objetivo, le corresponde coordinar la fiscalización y seguimiento ambiental de estos instrumentos, organizando el accionar de los organismos públicos con competencias ambientales. Para ello cuenta con el monopolio en materia sancionatoria y con un procedimiento reglado sujeto a revisión por parte de tribunales especiales.

No obstante, recién el 28 de diciembre de 2012 cuando se constituyó el Segundo Tribunal Ambiental¹ con sede en Santiago esta nueva institucionalidad pudo desplegar sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras, erigiendo el contrapeso judicial requerido por el legislador para el control de las acciones ponderadas en sede administrativa.

¹ El Segundo Tribunal Ambiental fue el primero en constituirse, luego se constituyó el Tercer Tribunal Ambiental con sede en Valdivia, y finalmente, el Primer Tribunal Ambiental con sede en Antofagasta.

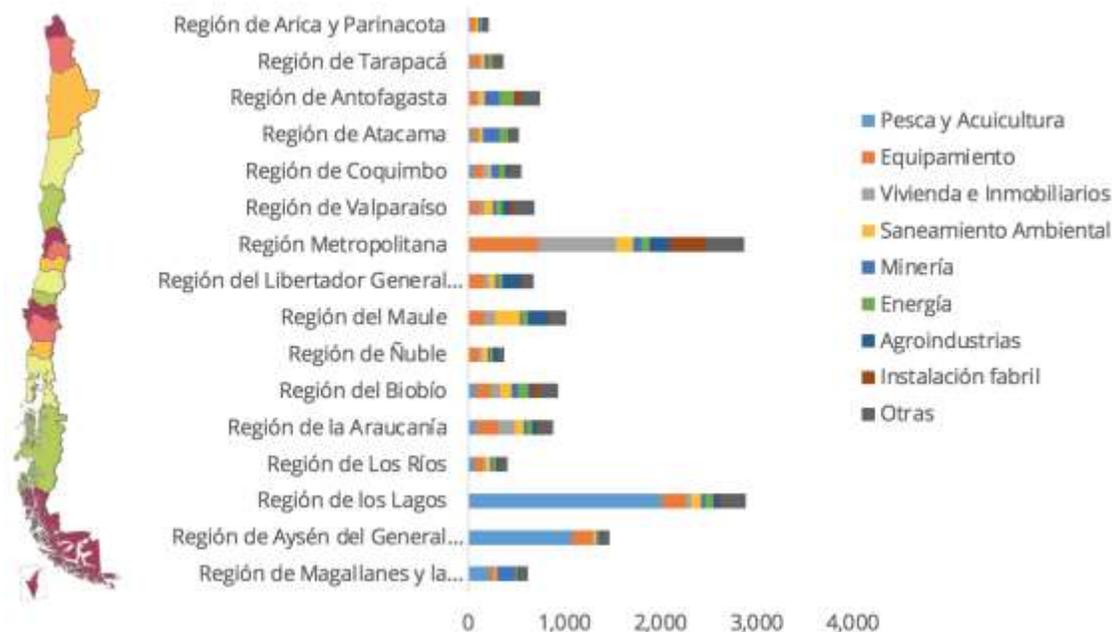
1.1 Diagnóstico general

Desde su creación la SMA ha realizado una labor significativa en el cumplimiento de la normativa ambiental, elevando los estándares de cumplimiento de las actividades y proyectos de inversión que se desarrollan en el país, siendo reconocido como uno de los entes de control de mayor alcance en la cautela de derechos y bienes públicos.

Con algo más de 10 años de existencia, la SMA es una institución en etapa de crecimiento buscando nuevas formas de responder a sus exigentes desafíos, con una instalación y posterior consolidación exitosa de sus actuaciones en los tribunales de justicia. Hoy, frente a la nueva realidad nacional y a la experiencia acumulada en este periodo, surge la necesidad de realizar un diagnóstico sobre su desempeño reconociendo espacios de mejora en su funcionamiento y ajustando aquellos mecanismos que no han logrado el propósito para el que fueron diseñados.

La SMA debe fiscalizar a más de 17 mil instalaciones (o unidades fiscalizables), no sólo diversas, sino que además distribuidas por todo el territorio nacional, que representan a la mayoría de los sectores económicos del país, con múltiples obligaciones ambientales emanadas de una variedad de instrumentos regulatorios (Figura 1).

Figura 1. Distribución de Unidades Fiscalizables (UF) en Chile.



Fuente: Elaboración propia SMA en base a cuenta pública año 2020.

A la fecha la institución ha recibido cerca de 20 mil denuncias ambientales, de las cuales un 61% ha sido gestionada y con lo restante en espera del inicio de la etapa investigativa. El 2020 fue el primer año en que el total histórico de denuncias gestionadas por la SMA superó el total en espera, lo que reflejó un cambio de tendencia en su gestión. Esto representó un avance significativo dado que el 2018 las denuncias con avances correspondían al 38%, lo que concuerda con la auditoría que realizó la Contraloría General de la República (CGR) a la institución para ese periodo.

Optimizar la gestión de la SMA, y en particular aquella que se refiere a denuncias, requiere reforzar todos los procesos de la institución. Con este foco se han obtenido resultados positivos en materia de fiscalización y sanción.

Por un lado, el número de procesos de fiscalización realizados desde el 2021 duplicó el promedio histórico. Por otro lado, el volumen de dictámenes tramitados por año aumentó en más del doble y los expedientes de fiscalización pendientes de iniciar un procedimiento sancionatorio, se redujeron en un 80% desde 2018 a la fecha.

No obstante, los esfuerzos de gestión desplegados por la SMA desde el año 2012 en adelante, existen brechas importantes que requieren de una revisión y optimización del modelo de fiscalización y sanción ambiental, lo que lleva a sostener que se requieren cambios a la ley orgánica de la SMA, con el fin de consolidar un modelo de fiscalización y sanción ambiental efectivo y eficiente.

Como ya fue establecido, a la fecha, hay más de 7 mil denuncias pendientes de gestión (39% del total) y cerca de tres mil expedientes de fiscalización sin tramitación sancionatoria, los que corresponden a casos de complejidad relevante. Más aún, cerca del 50% de unidades fiscalizables por la SMA nunca han sido inspeccionadas y los tiempos promedios de tramitación de una denuncia son de 300 días y para un sancionatorio se acerca a los 400 días.

Es innegable que la sociedad actual tiene una sensibilidad mucho mayor a los temas ambientales, es más, a futuro la situación de la SMA será más crítica debido a la creciente demanda por protección en este concepto. A modo de referencia, las denuncias recibidas se triplicaron durante el año 2021 en comparación a lo observado en años anteriores, situación que se espera se mantenga en el tiempo gracias al avance digital para presentarlas, evitando el desplazamiento de personas para denunciar presencialmente en las oficinas institucionales en cada capital regional.

A su vez, el marco regulatorio ha aumentado significativamente con la reciente entrada en vigor de leyes como la responsabilidad extendida al productor, el impuesto verde, plásticos de un sólo uso o humedales urbanos, y nuevas normas de emisión y planes de descontaminación, aumentando los requerimientos de fiscalización y sanción. Parte de esta nueva demanda puede ser abordada incorporando herramientas tecnológicas, e integrando nuevo personal para llevar a cabo estas tareas. Sin embargo, ni el aumento de funcionarios ni los avances tecnológicos implementados desde el 2014, son suficientes por sí mismos para dar respuesta a un problema de orden estructural.

Sin duda, las necesidades expuestas anteriormente implican una exigencia importante. Más allá de la mejora continua de sus procesos, y reforzar su presupuesto, la SMA requiere adaptar sus atribuciones legales para hacer más eficientes sus procedimientos, incorporando por ejemplo la posibilidad de realizar procedimientos sancionatorios más expeditos o revisar el alcance de sus facultades en materia de fiscalización.

En cuanto al presupuesto, su reforzamiento debe considerar la situación de otros países de América Latina como referencia. Por ejemplo, Colombia y Perú invierten 2 y 7 veces más recursos que Chile por unidad de PIB en fiscalización y cumplimiento ambiental, respectivamente. Similarmente, otras instituciones con presencia nacional como la Superintendencia de Educación con número similar de instalaciones bajo su vigilancia, cuenta con el triple de dotación (Tabla 1).

Un estudio reciente de la consultora PwC (2022)² concluye que, en términos agregados, la SMA requiere aumentar su dotación en 2,2 veces para enfrentar la demanda de atención proyectada al 2025. Esto significa no sólo responder a los requerimientos futuros de denuncias y nuevas regulaciones, sino que también gestionar la totalidad de las denuncias en espera de tramitación y concluir los procedimientos sancionatorios pendientes. A su vez PwC (2022) indica, que la mayor parte de la dotación adicional requerida (70%) debiese apoyar directamente la labor regional, esto en línea con la demanda esperada en materia de denuncias. Asimismo, se recomienda fortalecer el despliegue tecnológico y la gestión organizacional, de modo de incrementar la capacidad de respuesta.

Tabla 1. Presupuesto agencias fiscalizadoras en el país.

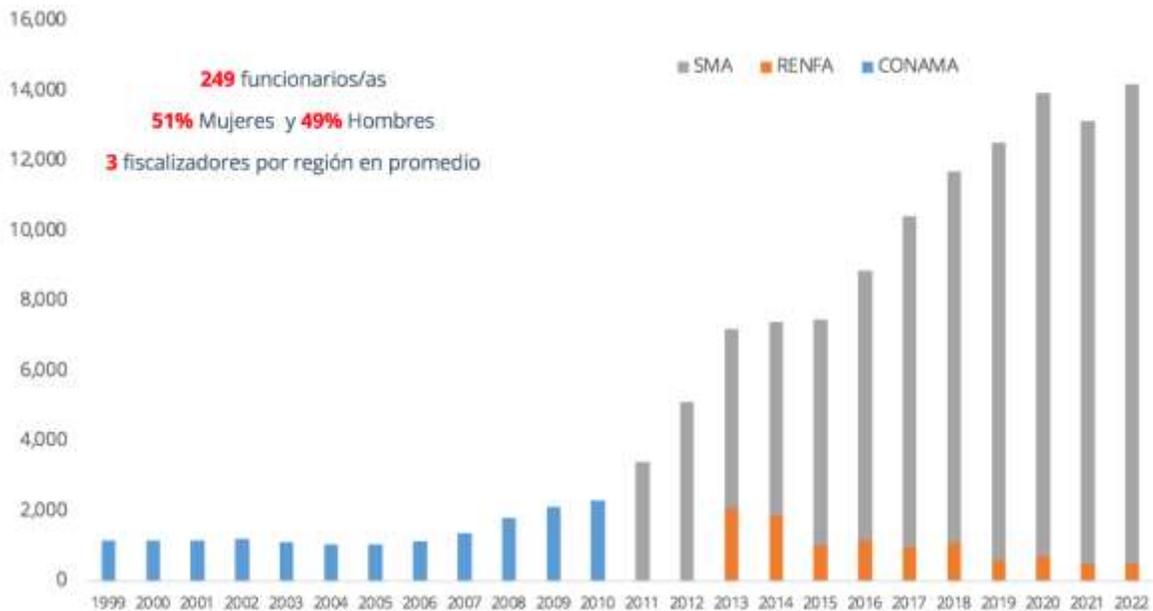
Superintendencia	Dotación	Gastos Personal Miles de Millones CLP	Gastos Operación Miles de Millones de CLP
SUPEREDUC	862	26	5,4
SEC	384	12	3,8
SUSESO	315	12	2,4
SUPERSALUD	345	11	2,4
SMA	252	9	2,0
SISS	218	8	1,6

Fuente: DIPRES, Ley de presupuesto 2021.

Si bien el presupuesto de la SMA ha crecido con tasas anuales en promedio un 10%, simultáneamente el presupuesto asignado a otros organismos sectoriales que forman parte del modelo de fiscalización establecido en la LOSMA ha disminuido en un 75% en la última década. Si se mantiene esta tendencia, se tardaría más de 8 años en alcanzar los recursos requeridos. Cabe destacar, que para el 2022 el presupuesto para la SMA será de 13.670 millones (CLP 2022) de pesos, que representa un alza de un 10% con respecto al del año 2021 de 12.340 millones (CLP 2022), recuperando las tasas de aumento históricas, luego que se redujeran por primera vez los recursos de la SMA el 2021 (Figura 2).

Figura 2. Evolución de presupuesto para fiscalización y sanción ambiental.

² PwC, 2022. Análisis de Dotaciones Institucional. Informe encargado por la Superintendencia de Medio Ambiente a Price, WaterHouse & Coopers (PwC) Consulting, Government & Public Sector, entregado el 8 de enero 2022.



Nota: RENFA: Red Nacional de Fiscalización Ambiental (organismos como MINSAL, CONAF y SAG, entre otros).

Fuente: Elaboración en base a Leyes de Presupuestos del Sector Público en CLP 2021.

1.2 Modelo Institucional

La Superintendencia es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente y cuyos cargos directivos son provistos de acuerdo con el sistema de Alta Dirección Pública. Este fue el modelo institucional acordado durante la tramitación legislativa de su ley orgánica, lo que se discutió latamente considerando que regula a diversos sectores, incluyendo a empresas y organismos públicos. Sin embargo, es de público conocimiento que se evaluó la posibilidad de dotarla de mayor autonomía. En este contexto, cabe describir en términos generales los modelos institucionales de algunas entidades de fiscalización, a nivel internacional y nacional:

Internacional:

- **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales de Colombia (ANLA):** es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental y a la vez de tareas de fiscalización y sanción ambiental. Según el artículo 67 de la Ley 489 de 1998, esta entidad cuenta con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, la cual es parte del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental de Perú (OEFA):** sus funciones básicas corresponden a: (i) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen de fiscalización y control ambiental (ii) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión. Es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrita al Ministerio del Ambiente.
- **Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA):** es una agencia ejecutiva independiente del gobierno federal de los Estados Unidos encargada de asuntos de protección ambiental. Previene y

controla la contaminación mediante el desarrollo de estándares de calidad ambiental, normas de emisión, evaluación ambiental de proyectos y otros programas. A su vez, cuenta con facultades de fiscalización y sanción. Está dirigida por su Administrador, que es nombrado por el presidente y aprobado por el Congreso. La EPA no es un departamento del gabinete, pero al administrador se le da rango ministerial.

Nacional:

- **Comisión para el Mercado Financiero (CMF):** es un servicio público de carácter técnico, que tiene entre sus principales objetivos velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Le corresponde velar porque las personas o entidades fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rigen, desde su inicio hasta su liquidación; pudiendo ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones. La Comisión está dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, es dirigida por un órgano colegiado a cargo de un presidente nombrado por el presidente de la república por un periodo delimitado por ley. La CMF se relaciona con el presidente de la República de Chile a través del Ministerio de Hacienda.
- **Fiscalía Nacional Económica (FNE):** es la agencia encargada de defender y promover la libre competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena. La Ley de Defensa de la Competencia (Decreto Ley N° 211) establece que la FNE es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, dirigido por un fiscal nacional nombrado por el presidente de la república por un periodo fijo delimitado por ley. La FNE se relaciona con el presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

1.3 Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado

Más allá del modelo institucional, la primera década de funcionamiento de la SMA ha revelado diversos problemas: (i) personal insuficiente para ejercer de manera óptima todas las atribuciones legales que se le entregan (ii) ineficiencias del procedimiento sancionatorio al tener el mismo estándar para enfrentar infracciones complejas frente a otras leyes; (iii) potestad cautelar limitada que no permite abordar algunas situaciones de riesgo ambiental, ante la ausencia de una hipótesis infraccional; (iv) ineficiencias derivadas de la regulación de los mecanismos de incentivos al cumplimiento, a saber, programas de cumplimiento, planes de reparación y autodenuncias; y (v) procedimientos sancionatorios que no permiten formas de tramitación simplificada, lo que le ha restado eficiencia.

La Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, integrada por la senadora Isabel Allende y los senadores Alfonso De Urresti, José Miguel Durana, y Rafael Prohens, y presidida por la senadora Ximena Órdenes Neira, ha sido testigo de varias manifestaciones de esta desactualización. En efecto, destacan casos en que la Superintendencia no desplegó sus potestades a tiempo para prevenir la afectación del medio ambiente al no contar con medios idóneos para efectuar su labor, por ejemplo, durante los derrames de petróleo en la Isla Guarello. Se constataron también situaciones en que las causantes de riesgo se encontraban fuera del alcance del órgano fiscalizador al no existir instrumentos de carácter ambiental de su competencia, como en el caso de centros de cultivos de salmónes en las regiones de Los Lagos y Aysén construidos previamente a la entrada en vigencia del SEIA, y otros ejemplos que esporádicamente se examinaron en audiencias de la corporación.

El antecedente más directo corresponde a la sesión convocada por la Comisión el 7 de junio de 2021, en la que se citó al Contralor General de la República, Sr. Jorge Bermúdez Soto, a la Tesorera General de la República, Sra. Ximena Hernández Garrido, y al propio Superintendente del Medio Ambiente Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán a exponer sobre el “Informe Final N° 280/2020 de la Contraloría General de la República, que examinó los procesos y funciones institucionales de la Superintendencia de Medio Ambiente, en relación con la atención y gestión de denuncias efectuadas ante dicho organismo entre el 1° de enero de 2016 y el 31 de mayo de 2019”.

En esa oportunidad el Contralor advirtió que este informe se enmarca en la adopción de la Resolución 8/12 de Abu Dhabi, para la prevención y lucha contra la corrupción en lo relativo a los delitos que repercuten en el medio ambiente, y que exhorta a fortalecer los marcos de acción contra estas infracciones. Proceso en que la CGR junto con crear un departamento especializado en materia ambiental, desarrolló una serie de auditorías coordinadas con los fiscalizados que terminan en la elaboración de estos informes finales de desempeño.

En particular el informe examinado por la comisión tuvo por objeto revisar los procesos y funciones institucionales ejecutados por la SMA, para constatar si las denuncias se atienden de forma oportuna, eficiente y eficaz y examinar si la rendición de cuentas del Sistema de Gestión de Denuncias del organismo cumplía los estándares exigibles.

En ese contexto, se confirmó que de una muestra de 121 casos del universo de 5683 observado entre 2016 y 2019, el 44% de las denuncias ingresadas a la SMA no tuvieron asociada gestión alguna. Que, en 134 denuncias, no se logró acreditar la existencia de actividades de fiscalización y que en 17 denuncias nunca se informó al denunciante sobre los resultados del proceso o de las gestiones realizadas, si es que las hubo. Falencias que eran especialmente evidentes en los territorios de Valparaíso y O’Higgins. Con todo, Bermúdez advirtió que dicho incumplimiento era algo esperado en este tipo de instituciones, y no tenía por objeto determinar responsabilidades administrativas, sino que establecer estándares de mejoras del Servicio fiscalizado.

Por su parte la Tesorera, confirmó que, de las sanciones tramitadas por la Superintendencia de Medio Ambiente, en su mayoría se pagaba la multa, siendo menor al 5% el número que se mantiene sin pago. Pese a lo cual, advirtió que muchos de los procedimientos sancionatorios no terminaban en sanciones y por ende no llegaban a Tesorería, pues este se suspendía cuando se determinaban acciones que permitían volver al cumplimiento, las que eran requeridas y fiscalizadas por el propio órgano.

El Superintendente por su parte, mostró como se ha ido revirtiendo la tendencia histórica en la gestión de denuncias, ya que ha a partir del 2020 las gestionadas, superan a las pendientes. No obstante, las demoras han acumulado un volumen importante de denuncias por resolver, pasando de cerca de 1.000 denuncias pendientes en 2013 a cerca de 7.000 en 2021, cifra que seguía aumentando pese a que el número de denuncias que el órgano fiscalizador logró gestionar en los últimos años iba en aumento. Así mismo, indicó que, en 2010, la SMA realizaban apenas 1.300 fiscalizaciones anuales, y a la fecha se superan las 3.600, lo que muestra un incremento considerable pese a los escasos recursos con que cuenta la institución.

También sostuvo que actualmente el Servicio estaba consciente del problema, habiendo tomado medidas como la implementación de un programa especial de gestión de denuncias para el periodo 2019-2022 y la implementación de un portal ciudadano de denuncias para su presentación electrónica. No obstante, las restricciones de recursos impedían un ejercicio más completo de sus funciones, pues su presupuesto anual era de los más bajos de los

países de la región en fiscalización ambiental, y de los más bajos a nivel nacional al compararse con otros servicios con competencia de fiscalización, pese a su amplio margen de recaudación.

1.4 Mesa de Expertos

Observando que estas experiencias afectan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que garantiza nuestra carta fundamental en su artículo 19 N°8 y que permitir su prolongación en el tiempo atentaría contra el deber estatal de velar por la no afectación de este derecho, la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, en cumplimiento de su función legislativa, en colaboración con el Ministerio de Medio Ambiente, convocó una mesa de expertos en la materia para que elabore un informe que identifique los puntos esenciales que requieren un tratamiento urgente para adecuar la LOSMA.

Para seleccionar a los participantes se consideraron dos criterios. En primer lugar, se solicitó experiencia probada en el ámbito de fiscalización y cumplimiento, y *expertise* general en materia ambiental, prefiriéndose a aquellos expertos que hubiesen tenido algún acercamiento a la elaboración de la Ley 20.417 y que hayan participado o trabajado directamente en la organización de la Superintendencia de Medio Ambiente. En segundo lugar, se optó por una composición que representara la diversidad política de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, de manera que se equilibraran los debates en torno a los diversos modelos regulatorios para un organismo fiscalizador.

En atención a lo anterior, se convocó a los siguientes participantes:

1. Luis Cordero Vega, Abogado, Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida, España. Profesor de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Universidad de Chile. Participó en elaboración leyes 19.300, 20.417 y 20.600.
2. Cristóbal De La Maza Guzmán, Ingeniero Civil Industrial, Doctor en Ingeniería y Política Pública de la Universidad de Carnegie Mellon, de Estados Unidos. Superintendente del Medio Ambiente.
3. Jorge Femenías Salas, Abogado, Doctor en Derecho, Universidad Católica y Universidad de Valladolid, España, Profesor de Derecho Administrativo y Ambiental en Derecho UC.
4. Cristian Franz Thorud, Abogado, Máster (c) en Artes Liberales de la Universidad Adolfo Ibáñez. Ex Superintendente de Medio Ambiente.
5. Dominique Hervé Espejo, Abogada, Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Master en Derecho Ambiental (LL.M). University College London, Universidad de Londres. Académica Universidad Diego Portales. Ex Fiscal SMA.
6. Ximena Insunza Corvalán, abogada, Master of Laws (LL.M. Environment Option de la McGill University, Montreal, Canadá). Profesora Departamento Derecho Económico e Investigadora Centro Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Participó en elaboración leyes 19.300, 20.417 y 20.600. Ex Ministra Suplente en el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.
7. Ricardo Irrazábal Sánchez, Abogado, LLM CEPMLP University of Dundee, Escocia. Profesor Derecho ambiental Derecho UC, responsable de la implementación e instalación de la SMA. Ex Subsecretario de Medio Ambiente, Energía y Minería Ex Director Ejecutivo del SEA. Participó en elaboración de la Ley 20.600.
8. Juan Eduardo Johnson Vidal, Ingeniero Civil, Magíster en Ciencias de la Ingeniería UC, Socio Consultora ECOS, Ex-miembro de la División de Fiscalización de la SMA durante las administraciones del presidente Piñera y presidenta Bachelet.
9. Marie Claude Plumer Bodin, Abogada, Máster en Derecho Ambiental, Universidad de París I II (Panthéon Sorbonne), Francia. Ex Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA. Ex abogada de la CONAMA.

10. Cecilia Urbina Benavides, Abogada, Magister en Derecho Ambiental, Universidad de Chile. MSc. Environmental Policy and Regulation, The London School of Economics and Political Science (Londres, Reino Unido). Ex Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA.

1.5 Metodología General

En esta sección se describe el proceso de trabajo de la mesa de expertos en materia de fiscalización y cumplimiento para la modificación de la Superintendencia de Medio Ambiente.

1.5.1 Objetivos

Se invitó a los participantes con dos objetivos: i) identificar brechas en la regulación y gestión de la Superintendencia de Medio Ambiente, ii) proponer soluciones y debatir posibles mecanismos normativos, a fin de que estos fueran analizados por el Ministerio de Medio Ambiente, para una eventual propuesta de reforma legal, que se presentaría durante la vigencia de este Gobierno al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad.

En vista de los límites temporales de la iniciativa, los participantes manifestaron la necesidad de acotar los objetivos de la mesa, a fin de lograr un informe oportuno a los requerimientos de la Comisión, lo que fue apoyado de manera unánime por los miembros de la mesa. Los tiempos de debate impedían proponer una reforma completa de la LOSMA, sino más bien enfocar el trabajo en proponer una ley corta.

Bajo esa consideración, se advirtió que una propuesta de modificación legal para mejorar el desempeño de la SMA debería acotarse a reformas compatibles con el modelo vigente de esta entidad de control y su rol coordinador en materia fiscalización. En ese descargo, se acordó que sin perjuicio de las opiniones que se tuvieran sobre reformas más profundas, las propuestas se limitarían a sugerir mecanismos concretos para resolver los problemas identificados en las sesiones de trabajo, que fueran compatibles con el diseño institucional actual.

Materias como el abandono del modelo de coordinador y concentrar la fiscalización ambiental en la SMA, aumentar su independencia, la posibilidad de dotarla de autonomía o de reestructurarla bajo el modelo de una agencia dirigida por un cuerpo colegiado quedarían pendientes para otras instancias. Modificaciones al modelo institucional exigirían cambios a las normas asociadas a su estructura orgánica general, su régimen financiero y los mecanismos de nombramiento del(a) Jefe(a) del servicio, incluyendo la posibilidad de que esto requiera el acuerdo de varios poderes del Estado³.

Si bien se considera una necesidad en el largo plazo, en el marco de una ley corta parece complejo proponer un modelo alternativo. Modificaciones mayores debieran revisar también temas como los requisitos técnicos y de experiencia para la selección de directivos, su régimen de contrato ya sea de exclusiva confianza o de remoción causada, los mecanismos de cese de funciones, y la duración de su mandato. Simultáneamente a todo esto, podrían reforzarse las facultades de investigación de la SMA, mediante dispositivos más intrusivos como acceder a correos electrónicos, facultades de allanamiento, o concentrar la responsabilidad de fiscalización en personal propio.

³ Villablanca Cerda, L., 2020. Gobierno de la supervisión y riesgo de captura en la Comisión para el Mercado Financiero tras la Ley N° 21.000. *Ius et Praxis*, 26(1), pp.287-309.

1.5.2 Propuesta de Trabajo

El sistema de trabajo de la mesa de expertos de la SMA acordado por parte de los participantes y los organizadores, en una lógica de una mirada general, fue la de presentación de problemas detectados, posibles soluciones y la constatación de acuerdos o discrepancias por parte de los expertos.

Se tomó el modelo propuesto por la comisión de Desafíos del Futuro Ciencia Tecnología e Innovación del Senado, la que recoge la dinámica del debate legislativo en una discusión en general y particular de un asunto determinado. Se entrega a los participantes el control del debate, dándoles una fecha estimada de entrega del producto solicitado y asistiendo con personal y medios técnicos para el desarrollo de las reuniones.

El marco temático a abordar se dio a conocer en la invitación a los participantes, así como el resultado esperado, consistente en un informe para la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, que contemple una propuesta de modificación normativa para la LOSMA, que pueda ser sometida a consulta por el Ministerio de Medio Ambiente ante el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y Cambio Climático.

Si bien esta metodología está diseñada para encuentros masivos interdisciplinarios con expertos y políticos, dado el tema tratado, se abordó como un panel reducido de expertos en materia regulatoria, de fiscalización y cumplimiento ambiental. Se propuso una primera etapa de discusión en general, con audiencias de terceros para el planteamiento del problema. A continuación, la SMA elaboró una propuesta de temáticas a debatir, las que se trabajaron en submesas distribuidas según la cantidad de temas relevados.

De cada una de estas submesas se obtuvieron informes parciales que fueron discutidos en tres reuniones plenarias. De esta manera se contó con 7 sesiones de trabajo en plenaria y 17 reuniones en submesas de trabajo, temporalmente distribuidas entre el 5 de agosto de 2021 y el 5 de noviembre de 2021.

1.5.3 Audiencias en Mesas

La primera reunión de la mesa ampliada se realizó el día 5 de agosto de 2021. En esta reunión se presentaron los diversos expertos que componen la mesa. A continuación, se expuso el diagnóstico del estado actual de la SMA, que justifica la modificación de la LOSMA. Esto se acreditó con la presentación de antecedentes previos, relativos a los informes de la Contraloría General de la República y a las audiencias de órgano fiscalizador ante el órgano del Senado. Expertos y asistentes enfatizaron la importancia de abordar las deficiencias actuales.

La segunda reunión de la mesa ampliada se realizó el día 13 de agosto de 2021, con el objetivo de revisar las propuestas realizadas por los integrantes de la mesa, tanto de manera general como de manera específica acerca del rol de la SMA y sus instrumentos. Debido a los diversos temas de interés identificados en las primeras dos sesiones por parte de los expertos, la mesa se dividió en cinco grupos de trabajo que abordaron las distintas problemáticas identificadas de manera separada, para finalmente trabajar en un informe consolidado final.

La tercera reunión de la mesa se realizó el día 20 de agosto y se dio espacio a organizaciones de la sociedad civil que interactúan con la Superintendencia de manera regular, para exponer su diagnóstico de la situación actual. Asistieron representantes de la ONG FIMA, Asociación Interamericana para Defensa del Medioambiente (AIDA), y la ONG Defensoría Ambiental. Entre los diagnósticos llevados a cabo por FIMA, destaca la idea de incorporar la figura del denunciante anónimo para incentivar las denuncias, la incorporación de un tiempo de respuesta a las denuncias recibidas, la automatización de las denuncias leves, la pérdida de la calificación de resolución ambiental frente a incumplimientos graves, un mayor rol de la fiscalización municipal, otorgar facultades a la

superintendencia y a sus oficinas regionales para que cuente con la facultad de sancionar, eliminar el control preventivo de tribunales a las suspensiones de funcionamiento.

En el diagnóstico de AIDA, destacó la demora de la Superintendencia al momento de fiscalizar casos denunciados, la poca capacidad de fiscalización de ciertos casos y un proceso de investigación acotado a tan solo algunos antecedentes proporcionados por los denunciados. Por su parte la Defensoría Ambiental, destacó que el proceder de la SMA desincentiva las denuncias con su tardanza en la resolución de casos, y la eventual superación de los plazos de prescripción de denuncias debido a la omisión de la Superintendencia.

1.5.4 Trabajo Submesas

Una vez terminadas las audiencias en la mesa, los participantes se dividieron para trabajar en grupos paralelos, según las temáticas en que tuvieran mayor experiencia. Cada participante debería acudir al menos a dos mesas temáticas distintas, sin perjuicio de que el resultado de cada una de ellas se revisaría en sesiones plenarios:

- Denuncias y Participación Ciudadana
- Potestad Fiscalizadora y Seguimiento Ambiental
- Potestad Sancionatoria
- Potestad Cautelar
- Incentivos al cumplimiento

Originalmente, se planteó que las mesas temáticas sesionaran los días 27 agosto, 3 y 10 de septiembre, sin embargo, varias de ellas solicitaron agendar más sesiones de trabajo, para lograr abordar adecuadamente los temas antes identificados. De esta manera el trabajo en las submesas se extendió hasta la cuarta semana de septiembre, sin perjuicio de aquellas que siguieron trabajando hasta octubre.

1.5.5 Trabajo en Plenarias

Los resultados obtenidos por cada una de las mesas temáticas fueron discutidos en 4 sesiones Plenarias:

Viernes 24 de septiembre, mesa 1: Denuncias y Participación Ciudadana.

Viernes 24 de septiembre, mesa 5: Potestad Cautelar.

Viernes 1 de octubre de 2021, mesa 4: Incentivos al cumplimiento.

Viernes 8 de octubre de 2021, mesa 2: Potestad Fiscalizadora y Seguimiento Ambiental

Viernes 15 de octubre de 2021, mesa 3: Potestad Sancionatoria.

1.5.6 Redacción de Informe y Correcciones

Entre los días 15 de octubre y 31 de diciembre de 2021 el equipo de coordinación de la mesa de la SMA y de los asesores legislativos traspasaron las minutas a este informe final. El informe se envió el día 12 de enero de 2022 para su lectura a los participantes. Se recibieron observaciones hasta el 20 de enero de 2022, fecha en que se comenzó su corrección final. El informe se presentó a la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del

Senado el 8 de marzo de 2022, entregándole el documento a su presidenta la senadora Ximena Órdenes Neira para su consideración en una futura iniciativa legislativa.

2 Temáticas

En base a las temáticas discutidas en la mesa de expertos, se propone una reforma legal a la LOSMA sobre la base de cinco ejes rectores:

- Revisar el sistema de gestión de denuncias y mecanismos de participación ciudadana, con el objetivo de mejorar su nivel de servicio y abrir nuevas vías de relacionamiento comunitario;
- Fortalecer la potestad fiscalizadora y de seguimiento ambiental que permitan potenciar su despliegue territorial y tecnológico, y la capacidad de detección de incumplimientos normativos;
- Robustecer la potestad sancionadora mediante procedimientos monitorios o procedimientos simplificados para infracciones leves y/o recurrentes, con el fin de dar respuestas más rápidas a ese tipo de situaciones;
- Potenciar la potestad cautelar para poder enfrentar situaciones de riesgo ambiental, que por su naturaleza deben ser atendidas de forma oportuna y efectiva; y,
- Reforzar los mecanismos de incentivo al cumplimiento para lograr su aplicación efectiva y eficiente, que permita soluciones ambientales reales a las situaciones de incumplimiento.

Se debe prevenir que no todas las propuestas alcanzaron consenso en las submesas y que incluso algunas propuestas de distintas submesas son contrapuestas. Dado que el presente informe se propone poner a disposición del regulador alternativas regulatorias, se ha resuelto informar de todas las sugerencias expresadas por los expertos, no obstante, los tomadores de decisiones deben considerar que no todas las propuestas son compatibles entre sí.

2.1 Denuncias y Participación Ciudadana

2.1.1 Antecedentes

La participación ciudadana⁴ en materia ambiental (PAC) se ha erigido como uno de los pilares fundamentales de la disciplina, modelando el sistema regulatorio nacional.⁵ En efecto, como Bermúdez (2015) reconoce⁶ que son claves en el sistema de protección ambiental la “*creación de instancias de participación del ciudadano en los procedimientos administrativos*” y la “*participación en el ejercicio de la potestad administrativa*”. En el caso de la SMA, el sistema de información de fiscalización ambiental (art. 31 a 34 de la LOSMA) y el procedimiento sancionatorio ambiental detallado el artículo 42 de la LOSMA, corresponden a instancias claves para fomentar la participación ciudadana.

En la actualidad, la comunidad comprende como propio el medio ambiente afectado y tiene expectativas de incidir en la conservación o preservación de este. Existen dos mecanismos de participación ciudadana en materias relacionadas con la SMA, la primera tiene que ver con instancias de consulta pública voluntaria prescritas por la ley y la segunda corresponde a la denuncia ciudadana.

⁴ Entendida en su acepción más general como “rol del público en el proceso de toma de decisiones o su involucramiento en la provisión de servicios y la administración de decisiones.” Callahan, Kate (2006) en: Costa, Ezio. (2020) *Participación Ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ediciones DER, Santiago de Chile. pp. 1-2.

⁵ Astorga, Eduardo (2017) *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*. 5a Edición. Legal Publishing, Santiago de Chile. pp.17-18.

⁶ Bermúdez, Jorge (2015) *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2a Edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile. pp. 52-54.

Es así como, si bien no existe un mecanismo de participación ciudadana formal exigido en la LOSMA, la principal forma de vinculación del órgano fiscalizador con la ciudadanía es a través del procedimiento de denuncia, institución que no es exclusiva de esta entidad. Pese a ello, se observa un creciente interés en espacios de interacción entre las comunidades y un órgano que ha sido diseñado para lograr un cumplimiento de las obligaciones ambientales y no sólo como un perseguidor de infracciones.

Denuncias

Una de las complejidades observadas para una mayor participación ciudadana en la SMA, tiene relación con el rol del denunciante y los derechos que le asisten. El denunciante mantiene un status diferente al que tradicionalmente les otorga el derecho administrativo a terceros y los incorpora formalmente como coadyuvantes de la autoridad. El relacionamiento de terceros se articula mediante una serie de instituciones específicas que otorgan derechos y cargas procesales a los ciudadanos, según la naturaleza punitiva o responsiva del procedimiento.

Requiere especial análisis el tratamiento de denuncias reglado expresamente en la LOSMA. Para ser ingresada válidamente, toda denuncia debe cumplir con los requisitos del artículo 47 de la LOSMA. Es decir, toda denuncia debe ser suscrita por quien la presenta o su representante, y contener como mínimo información completa del denunciante, lugar y fecha de la presentación, descripción de los hechos concretos que se consideran constitutivos de infracción, y lugar y fecha de la comisión de los hechos.

Los requisitos para presentar una denuncia se exigen de manera estricta.⁷ En caso de omitir alguno de los requisitos señalados, se exige al denunciante que complemente la información dentro del plazo de 5 días hábiles. Cuando esto no es corregido, se procede a su archivo sin más trámite; lo anterior, sin perjuicio de las actividades de investigación que de oficio puede desarrollar la SMA a partir de los antecedentes descritos.

En cuanto a los plazos de presentación, el artículo 21 de la LOSMA establece que la SMA debe informar al denunciante sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles. A este respecto, la CGR, a través de su dictamen N° 4.547, de 2015, ha reconocido que el plazo señalado se refiere al término dentro del cual procede dar cuenta al denunciante sobre si su denuncia tiene el mérito suficiente para dar inicio a una investigación por parte de la SMA. Es decir, no dice relación con el término de la investigación, porque ello no es factible en la práctica, menos en virtud de los recursos y facultades con que cuenta actualmente la institución.

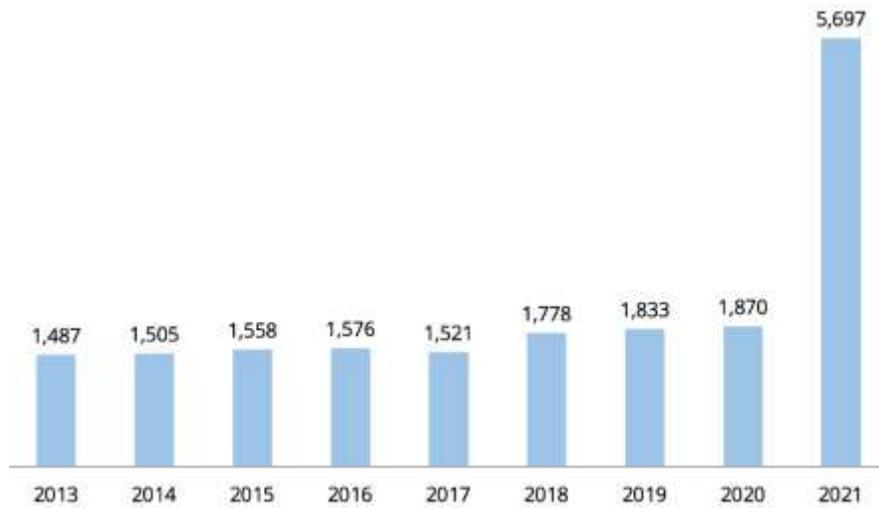
En este sentido, la SMA se ve hoy enfrentada a una demanda ciudadana significativa expresada en el volumen de denuncias presentadas, el que supera la capacidad de tramitación de las mismas. Como fue referido anteriormente, esto se refleja en el hecho de que cerca del 40% del total de denuncias recibidas aún no han logrado ser gestionadas, con tiempos de tramitación extensos hasta su término con un plazo promedio de 300 días. Por otra parte, durante el año 2021 se recibieron 5.697 denuncias (30% del total histórico), lo que triplica el promedio observado previamente de 1.600 denuncias anuales correspondiente al periodo 2013-2020 (

⁷ Esto sin perjuicio de los errores de forma que puedan ser subsanados.

Figura 3).

El alza histórica se explica principalmente por la mayor sensibilidad ciudadana en temáticas ambientales y la implementación de un sistema que habilita la posibilidad de denunciar electrónicamente. Se espera que esta tendencia se mantenga en el tiempo, e incluso que se acentúe según aumente la demanda ambiental ciudadana. En consecuencia, se requieren esfuerzos significativos en términos de gestión, recursos y modificaciones legales, que permitan resolver la brecha actual y responder a la demanda proyectada.

Figura 3. Evolución anual de número de denuncias recibidas.



Fuente: Elaboración SMA a partir de plataforma sistema de denuncias. Al 10 de enero de 2022.

La Región Metropolitana concentra cerca del 30% del total nacional de denuncias, seguida por las regiones de Valparaíso, Los Lagos y Biobío (Figura 4). Las principales materias denunciadas corresponden a ruido, olores, residuos y emisiones atmosféricas, con un 47%, 14%, 12%, 9% del total respectivamente⁸, mientras que del total de denuncias terminadas, un 24% ha sido archivada, un 37% derivada totalmente a algún organismo sectorial y un 39% ha finalizado con formulación de cargos.

Figura 4. Distribución porcentual regional de denuncias recibidas.

⁸ Para el cálculo de las materias se consideran aquellas denuncias con al menos una materia declarada.



Fuente: Elaboración SMA a partir de plataforma sistema de denuncias. Al 10 de enero de 2022.

Por otro lado, el contenido de algunas denuncias presentadas ha demostrado que muchas veces las personas e instituciones presentan situaciones que no tienen un sentido ambiental propiamente tal, sino que dicen relación con problemas vecinales, comunitarios y de otra índole, es decir, fuera del espectro de acción de la SMA. Sin perjuicio de lo anterior, la ley no exime a esta institución de iniciar una investigación para cada denuncia ingresada con los costos que esto involucra, y en caso de no tener mérito darle término por una resolución exenta de archivo.

Al respecto, se ha discutido la posibilidad de incorporar a la LOSMA el principio de oportunidad, mecanismo utilizado en sede penal en la tramitación de estas denuncias, que reconozca legalmente la atribución de desestimar aquellas que no representan un problema ambiental relevante, lo que se traduciría en la dictación de un acto administrativo motivado que dé cuenta de las razones de la decisión de aplicar dicho principio, el que por cierto debiera poder ser objeto de impugnación.

Esto reduciría la carga de trabajo de la SMA, evitando conducir una investigación completa a todo efecto. Asimismo, teniendo presente la necesidad de poder abordar lo más rápido posible, denuncias asociadas a situaciones de mayor gravedad, es que se ha instalado como práctica el requerir información inmediatamente al denunciado, para que tome todas las medidas correctivas posibles y aporte con información a la investigación, lo que podría formalizarse expresamente en la LOSMA.

Participación ciudadana

Adicionalmente, según establece la Norma General de Participación Ciudadana de la SMA (Resolución Exenta SMA N° 1.072 de 2015), y en el contexto de la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión

Pública, existen otros mecanismos de participación ciudadana disponibles como: (i) Consultas de transparencia; (ii) Consulta Ciudadana; (iii) Cuenta Pública Participativa; y (iv) Consejo de la Sociedad Civil (COSOC⁹).

No obstante, la existencia de estos mecanismos se ha evidenciado que en la resolución de conflictos ambientales de competencia de la SMA estos no son suficientes, pudiendo mejorarse la participación de denunciantes y otros interesados, otorgando mayor legitimidad a las decisiones que se adoptan dentro de los procedimientos. De ahí la necesidad de que la mesa identificara y analizara la posibilidad de generar esos mecanismos de participación en las actividades de fiscalización y en otros actos del servicio.

Por ejemplo, existen instancias relevantes de participación ciudadana que podrían ser potenciadas durante la tramitación de programas de cumplimiento. La LOSMA establece que una vez conocida una infracción o posible incumplimiento a los instrumentos de competencia de la SMA, y posterior al inicio de un proceso sancionatorio, el titular tiene la opción de presentar un programa de cumplimiento, esto es un conjunto de medidas para resolver los problemas detectados y que de ser aprobado suspende el procedimiento.

Muchas veces se cuestiona la legitimidad de programas de cumplimiento como alternativa a la sanción, considerando que no reprochan expresamente vulneraciones evidenciadas. Mecanismos de participación que le den mayor legitimidad a su trámite, podrían reducir la judicialización de casos y disminuir los tiempos de resolución de estos, evitando mayores costos para la administración y descomprimiendo la labor de la SMA.

2.1.2 Propuestas de la Submesa

De acuerdo con este diagnóstico, es necesario reformar el sistema de denuncias e incorporar nuevos mecanismos de participación ciudadana. Una de las principales razones de la demora en la tramitación y atención de denuncias tiene relación eminentemente con limitaciones presupuestarias y legales para investigar todos los casos denunciados. Otra de las razones es el diseño institucional de la SMA definido en la estructura de la LOSMA.

Sin perjuicio de lo anterior, se hace necesario revisar ajustes que pueden mejorar el desempeño, en materias como el proceso de tramitación y plazos indicados en los artículos 21 y 47 de la LOSMA, la aplicación de un principio de oportunidad, entre otras materias. En base a esta situación, se propusieron los siguientes temas a discutir en la submesa integrada por Jorge Femenías, Dominique Hervé, Juan Eduardo Johnson y Marie Claude Plumer B. Se sesionó los días 27 de agosto y 3 y 10 de septiembre. A continuación, se presentan las principales propuestas.

En lo relativo a denuncias se propone estudiar lo siguiente:

1. Revisión de tramitación y plazos indicados en los artículos 21 y 47 de la LOSMA.
2. Revisión de la aplicación del principio de oportunidad.
3. Revisión de posibilidad de denunciar directamente ante los Tribunales Ambientales.
4. Revisión de la posibilidad de crear una obligación de generar un requerimiento de información inmediato al denunciado para posibles correcciones rápidas.

⁹ En específico, el COSOC tiene un carácter consultivo, representativo, plural y diverso, y participa en los procesos de consulta de los planes, programas o políticas en materia de seguimiento y fiscalización ambiental que la institución estima como pertinentes.

En lo relativo a Participación ciudadana se propone estudiar lo siguiente:

1. Fortalecimiento de instancias de relacionamiento comunitario incorporando formalmente a la ciudadanía en el sistema de fiscalizaciones.
2. Necesidad de reglar mecanismos de participación ciudadana en instrumentos como programas de cumplimiento.
3. Mecanismos de mediación y resolución de conflictos frente a un hecho denunciado (en complemento al rol de tribunales ambientales en la materia).

Propuesta 1: Revisión de tramitación y plazos indicados en el artículo 21 de la LOSMA.

Generar un relacionamiento temprano con el denunciante mediante una respuesta breve sobre la admisibilidad de la denuncia. Esto permite que el denunciante tenga acceso al expediente en un tiempo acotado, donde puede hacer seguimiento de la causa, además concreta el principio conclusivo si es que no cumple con requisitos. Modificar el artículo 21¹⁰ de la LOSMA, para establecer un plazo breve (puede ser 10 días, similar al art. 24¹¹ de la Ley N°19.880), para informar admisibilidad de denuncia por cumplimiento de requisitos formales (según art. 47 inciso 2).

Propuesta 2: Modificar artículo 47 inciso 2 de la LOSMA sobre aspectos formales.

Incorporar presentación de la denuncia mediante formulario en página web SMA, sin eliminar la posibilidad de denunciar por escrito ante la SMA. Precisar los elementos formales mínimos de admisibilidad: legibilidad; indicación de lugar, temporalidad y elementos ambientales de la denuncia. Eliminar los elementos asociados a la seriedad de la denuncia, de tal manera que quede expresamente señalado que la admisibilidad sólo es determinada por los elementos formales antes referido. Esto no requiere modificación legal, salvo si esto significara una eventual reducción de los requisitos del artículo 47.

Propuesta 3: Modificar artículo 47 de la LOSMA para facilitar denuncias anónimas (contradictorio con Propuesta 8)

Disponer que las denuncias puedan ser anónimas modificando el art. 21 LOSMA. Esta propuesta fue ampliamente discutida, no alcanzó consenso y fue bastante controvertida.

Propuesta 4: Modificar artículo 47 para incorporar un plazo máximo de investigación.

¹⁰ **Ley N° 20.417 artículo segundo.** “Artículo 21.- Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles. En el evento que producto de tales denuncias se iniciará un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento.”

¹¹ **Ley N° 19.880. “Artículo 24.-** Los informes, dictámenes u otras actuaciones similares, deberán evacuarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la petición de la diligencia.

Indicar que la denuncia, declarada admisible por cumplimiento de todos los requisitos formales, será analizada por la SMA, señalando un plazo para ello (máximo 6 meses para terminar la etapa investigativa si la denuncia se encuentra revestida del mérito suficiente, extensible en casos de mayor complejidad).

Propuesta 5: Modificar artículo 47 para incorporar criterios de riesgo en priorización de denuncias.

Indicar que se dará curso a la investigación si a juicio de la SMA se encuentra revestida de mérito suficiente y que se priorizará la denuncias en función de los criterios de riesgo ambiental y su percepción pública. Para ello la SMA establecerá mediante instrucciones criterios de priorización de denuncias admitidas a trámite, los que deberán sustentarse en aspectos ambientales (según marco conceptual de riesgo). Esto no requiere modificación legal, salvo que implicara reconocer un principio de oportunidad que permita priorizar situaciones que van más allá de la discrecionalidad del fiscalizador.

Propuesta 6: Incorporar en el artículo 47 un inciso final con principio de oportunidad¹².

Establecer un criterio equivalente al principio de oportunidad, pero atenuado, de manera que la SMA tenga la potestad de descartar denuncias referidas a posibles infracciones menores. Incorporar, esto al final del artículo 47 de la LOSMA. En este caso se debe dictar una resolución de archivo que aplique los criterios fijados en el orden legal y desarrollados mediante una instrucción general de la SMA que los explique. Estas resoluciones de archivo deben ser impugnables ante los tribunales ambientales. Se resalta, que esto debe acotarse a posibles infracciones que no involucren riesgo ambiental, y que si existió afectación ambiental o a la salud de las personas ésta sea mínima¹³, lo cual deberá justificarse. Sobre este punto no hubo consenso en la submesa.

Propuesta 7: Permitir la resolución íntegra de un proceso de denuncia de forma descentralizada (regional), permitiendo que dictamen sea de responsabilidad del jefe de Oficina.

Se sugiere avanzar hacia una descentralización territorial de la SMA, instalando una capacidad resolutive en regiones. Lo que implica, crear en la Ley las Oficinas Regionales de la SMA, asignándoles competencias, entre ellas la de tramitar, gestionar y resolver las denuncias dentro de su jurisdicción. Esta alternativa permitiría agilizar el trabajo del ente fiscalizador ya que la potestad resolutoria podría evaluarse para todo tipo de denuncias, o para denuncias sometidas a sancionatorio simplificado, o para cualquier sancionatorio simplificado, esto requeriría una modificación artículos 53¹⁴, 54¹⁵ y 7¹⁶ de la LOSMA, estableciéndose expresamente un recurso jerárquico de

¹² Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 47. - La denuncia formulada conforme al inciso anterior originará un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. En caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado.

¹³ Se debe definir en una resolución de la SMA qué se entiende por infracciones sin efectos ambientales y/o riesgo. Se deben precisar ambos conceptos, dado que, si no puede resultar contraproducente (aumento de impugnaciones judiciales por arbitrariedad en la aplicación del principio de oportunidad) la aplicación del principio de oportunidad.

¹⁴ Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 53.- Cumplidos los trámites señalados en los artículos anteriores, el fiscal instructor del procedimiento emitirá, dentro de cinco días, un dictamen en el cual propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar.

Dicho dictamen deberá contener la individualización del o de los infractores; la relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos, y la proposición al Superintendente de las sanciones que estimare procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los infractores."

¹⁵ Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 54.- Emitido el dictamen, el instructor del procedimiento elevará los antecedentes al Superintendente, quien resolverá en el plazo de diez días, dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso."

No obstante, el Superintendente podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado.

conocimiento del Superintendente. Esto requiere además que el nombramiento de jefes de oficinas regionales se adhiera al Sistema de Alta Dirección Pública.

Propuesta 8: Mantener calidad de interesado del denunciante.

Se propone mantener la disposición del artículo 21 inciso final¹⁷, en el que se otorga al denunciante el carácter de interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio, en caso de iniciarse en virtud de la denuncia. Al respecto, se propone que no debe ser cuestionado el avance que supuso el art. 21¹⁸ en el reconocimiento de los denunciantes en materia ambiental. Un denunciante es o puede ser un colaborador en la actividad fiscalizadora.

Propuesta 9: Obligación de prestar asistencia al denunciante.

Se propone agregar en el artículo 3° de la LOSMA, una nueva letra que establezca la potestad (obligación) de la SMA de proporcionar asistencia al denunciante para la presentación de denuncias, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones ambientales cuyo incumplimiento es competencia de la SMA. Considerando la asimetría entre partes una vez iniciado un procedimiento sancionatorio, se debe apoyar a la ciudadanía en términos activos y no meramente informativos y orientativos. Esto permitiría que denunciantes puedan ejercer sus derechos y alegaciones en procesos que por su naturaleza son complejos, tanto técnica como jurídicamente.

Propuesta 10: Denunciar directamente ante el Tribunal Ambiental

Discutir el establecimiento de la acción general de denuncia por incumplimiento de normativa ambiental ante los tribunales ambientales. Esta opción permitiría descomprimir el canal de denuncias ante la SMA y configuraría a la ciudadanía como un colaborador de la autoridad en la fiscalización del cumplimiento de la normativa. También dejaría en evidencia casos en que la autoridad no interviene por alguna razón. No se alcanzó consenso con esta propuesta. La propuesta fue bastante controvertida y es contradictoria con el modelo de control del TA sobre la SMA.

Propuesta 11: Agregar participación ciudadana en último párrafo de LOSMA sobre normas generales.

Se propone un artículo que establezca expresamente el deber de la SMA de facilitar la participación ciudadana, el acceso a la información ambiental y promover la educación ambiental en relación con el ejercicio de las potestades de fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental, en complemento de las facultades generales del MMA en esta materia. Se debe considerar la participación ciudadana con los matices propios de un organismo fiscalizador, orientada más bien al derecho al acceso a la información y la transparencia que a una consulta vinculante.

Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos.

¹⁶ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 7º.-** A las oficinas regionales les corresponderá ejercer, dentro del territorio de su competencia, las funciones y atribuciones que, siendo competencia de la Superintendencia, les sean delegadas por el Superintendente.

Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes.

El Superintendente tendrá la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley."

¹⁷ **Ley N° 20.417 artículo segundo. Artículo 21.-** En el evento que producto de tales denuncias se iniciare un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento.

¹⁸ **Ley N° 20.417 artículo segundo. Artículo 21.-** Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles.

Propuesta 12: Agregar al final del Título II “De la Fiscalización Ambiental” un nuevo artículo que reconozca expresamente cómo se canaliza la participación ciudadana en materia de Fiscalización.

Se propone un artículo que disponga en términos generales que, en relación con la potestad de fiscalización de la SMA, la participación ciudadana se canaliza a través del mecanismo de denuncias y mediante la programación y subprogramación de la fiscalización. En la regulación específica del proceso de elaboración de los programas y subprogramas se puede incorporar la obligación de consultar a la ciudadanía o a través de los gobiernos regionales y comunales. A su vez, se podría destacar la posibilidad de la ciudadanía de solicitar medidas provisionales para enfrentar situaciones de “riesgo o daño inminente” al medio ambiente y salud de las personas.

Propuesta 13: Implementar mecanismos de Participación en PDC y PDR.

Respecto de los instrumentos de incentivo al cumplimiento, establecer mecanismos de participación que permitan a la ciudadanía proponer medidas a incorporar en los Programas de Cumplimiento (PDC) y en el Plan de Reparación (PDR) y formular observaciones respecto de las medidas propuestas por el regulado. Para ello se propone incorporar un inciso final en los artículos 42 LOSMA (sobre PDC) y 43 LOSMA (sobre PDR) que establezca la obligación de abrir una etapa de participación ciudadana antes de la aprobación de los instrumentos respectivos con un procedimiento regulado y acotado. Las observaciones presentadas durante este periodo deben ser consideradas por la SMA en su resolución de aprobación o rechazo del instrumento. Esta propuesta se debe coordinar con las que se hagan respecto de los instrumentos de incentivo. En particular, la participación tendrá más sentido si los PDC incorporan o exigen un componente de adicionalidad y no solamente volver de retorno al cumplimiento normativo. No se alcanzó consenso con esta propuesta.

Propuesta 14: Incorporar una etapa de mediación reglada.

Incorporar una etapa de mediación formal entre los regulados y la ciudadanía, con terceros imparciales o por la SMA, en cuyo caso los funcionarios que ejerzan dicha función no podrán ejercer como fiscalizadores ni instructores del procedimiento sancionatorio, como conductores del proceso, similar a lo que realiza la Dirección del Trabajo, con el objeto de dar la oportunidad de una etapa de justicia restaurativa ambiental y una salida alternativa al procedimiento administrativo sancionador. No se alcanzó consenso con esta propuesta.

2.1.3 Propuestas adicionales de la SMA

No se presentaron otras propuestas.

2.1.4 Propuestas de otros actores

No se presentaron otras propuestas.

2.1.5 Comentarios Finales

El presente apartado recoge las conclusiones de la mesa en relación a los temas de denuncias y participación ciudadana. Al respecto, es posible comentar que existe importante consenso en la necesidad de dotar a la SMA de la potestad de aplicar un principio de oportunidad para no perseguir ciertas situaciones de menor entidad que no tienen relevancia ambiental, debiendo para ello justificar lo anterior mediante una resolución fundada reclamable ante los tribunales ambientales. Se plantea, que es relevante definir criterios específicos que hacen procedente

invocar este principio, por ejemplo, que no procederá para aquellas infracciones tipificadas como gravísimas según los literales a) y b) del artículo 36¹⁹ N°1, las cuales siempre deberán investigarse.

Algunos integrantes de la mesa proponen que la aplicación del principio de oportunidad sea excepcional, y que complementariamente se adopten otras medidas que se consideran claves para resolver las demoras en gestión de denuncias. Estas son, por ejemplo, incorporar expresamente a las denuncias en la programación y subprogramación de la fiscalización, incorporar salidas alternativas, procedimientos sancionatorios simplificados y/o monitorios u otra modalidad de resolución rápida, medidas de control de efectos y riesgos que comprendan las diferencias de instrumentos de carácter ambiental, descentralización de la intervención de la SMA en el ejercicio de las competencias de fiscalización y sancionatorias, entre otras. Se considera que si se incorporan estas medidas no sería necesario invocar el principio de oportunidad de manera amplia.

Se hace necesario también contar con un control de admisibilidad de las denuncias para despejar todas aquellas situaciones que no tengan la seriedad mínima para ser tramitadas, pero se debe acortar el plazo para este examen, proponiendo uno de 10 días lo cual debería ser indicado en el artículo 21 de la LOSMA. Más aún, se indica que la investigación debería tener un plazo máximo acotado de 6 meses, dentro de los cuales debe resolver iniciar procedimiento sancionatorio o archivar por resolución fundada. Sin embargo, cabe destacar un plazo máximo difícilmente tendría un efecto real, ya que para ejercer la potestad sancionatoria este va ligado directamente al plazo de prescripción. A su vez, uno de los integrantes de la mesa indica que la admisibilidad en 10 días, sólo por criterios formales, no contribuye a dar mayor celeridad y podría ser incluso inconveniente para el denunciante.

En tal sentido, se discute que lo relevante no es si se cumple o no con las formalidades del artículo 47 inciso 2°, sino si permite conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento en los términos del artículo 29 de la Ley N°19.880. Además, agrega que generar requisitos formales a la denuncia no se condice con el principio de no formalización que consagra el artículo 16 de la ley de bases de los procedimientos administrativos,²⁰ generando una carga innecesaria para el denunciante.

Por otra parte, uno de los participantes cuestionó el rol del denunciante en una etapa post presentación de la denuncia e incluso propone modificar el artículo 21 de la LOSMA, eliminando al denunciante como interviniente, estableciendo que su participación se agota en la denuncia y en la posibilidad de aportar prueba, que es lo que materializa el principio de cooperación. Sin embargo, otros integrantes de la mesa indicaron que deben mantenerse los derechos para participar durante todo el procedimiento sancionatorio, teniendo presente que se está en una sede infraccional especial; la ambiental, donde existen otros derechos e intereses involucrados.

El argumento que se plantea para acotar la participación de denunciantes en el procedimiento sancionatorio es que el ejercicio de la potestad sancionatoria implica un poder de castigo y represión de conductas socialmente indeseadas y por ello, si bien es relevante que la ciudadanía pueda poner en conocimiento de la autoridad estos hechos, esto no implica la asunción o entrega de potestades propias de la administración -como las de policía- a

¹⁹ **Ley N° 20.417 artículo segundo.** “Artículo 36.- a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación. b) Hayan afectado gravemente la salud de la población.

²⁰ **Ley N° 19.880. “Artículo 13. Principio de la no formalización.** El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.”

terceros que no cuentan con la *expertise* técnica ni con el deber constitucional o legal de reprender dichas conductas.

Se levanta la necesidad de potenciar la participación ciudadana en los procedimientos sancionatorios instruidos, corrigiendo desde la autoridad las asimetrías entre los intervinientes. Se constata la falta de acceso de la ciudadanía al conocimiento de la actividad de control ambiental. Por otra parte, existen algunos déficits de transparencia sobre la actividad de la Superintendencia en comparación con otras instituciones del rubro como el Servicio de Evaluación Ambiental o el Ministerio de Medio Ambiente. Sin embargo, se debe ponderar si una obligación de asistencia al denunciante puede afectar la imparcialidad de la instrucción del procedimiento sancionatorio.

Sin embargo, se manifiesta preocupación por una eventual mayor demora del proceso al incorporar una nueva etapa formalmente. A su vez, se propone aumentar la participación de la ciudadanía en procedimientos de fiscalización, aunque se debe estudiar en más detalle la forma de operativizar esta medida, ya que esto podría tener reparos de legalidad, por cuando la fiscalización es unidireccional por ser el ejercicio de una potestad pública y la intervención de cualquier tercero podría viciar el ejercicio de dicha facultad.

Con respecto a incorporar mecanismos de negociación informales en etapas anteriores al procedimiento sancionatorio, se indica que presenta riesgos a la transparencia del procedimiento. Se plantea que podría evaluarse mecanismos de mediación en una etapa previa a la instrucción formal del procedimiento, que debieran estar expresamente reglados y a cargo de la SMA.

No obstante, se discute que la asimetría en especialización técnica jurídica es tan grande, que la ciudadanía requiere otro actor a modo de defensor para cumplir el rol de mediación y representación. Las municipalidades podrían cumplir este rol y ser un canalizador de las denuncias ciudadanas hacia la Superintendencia o este rol podría estar a cargo de un área especial dentro de la orgánica de la SMA. Por otra parte, uno de los integrantes de la mesa discrepa e indica que dado que el Estado busca sancionar con fines de prevención general y no existen acuerdos reparatorios posibles. El castigo cumple un rol fundamental en esta sede y por lo mismo, las compensaciones de afectaciones a terceros sólo pueden servir para atenuar la responsabilidad infraccional.

Por último, aunque se discutió la idea de generar un canal de denuncia directo al Tribunal Ambiental, esto podría ser problemático, porque generaría una doble investigación, y rompe la lógica del sistema donde el referido órgano jurisdiccional es un controlador de la SMA que, por lo tanto, no interviene en su gestión. Además, podría implicar pérdida de imparcialidad de los jueces o significar un aumento en litigios judiciales de casos que podrían resolverse de manera más eficiente. Una modificación de esta envergadura podría no ajustarse al objeto de una ley corta.

2.1.6 Propuestas de articulado

No se presentaron propuestas de articulado.

2.2 Potestad Fiscalizadora y de Seguimiento Ambiental

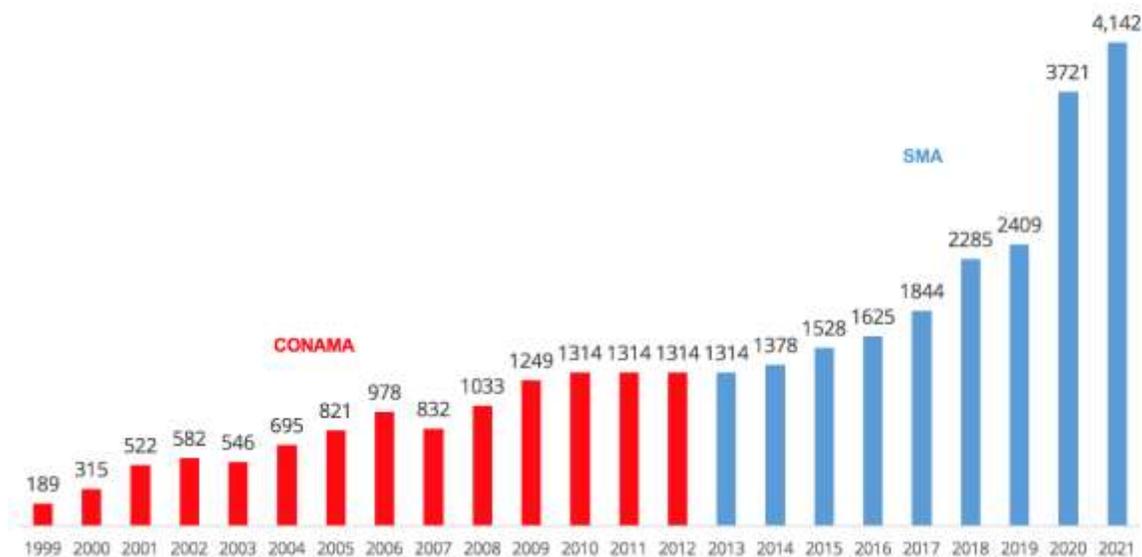
2.2.1 Antecedentes

De acuerdo con el artículo 2 de la LOSMA, le corresponde a la SMA de forma exclusiva ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

Las funciones de fiscalización pueden desarrollarse a través de sus propios funcionarios, mediante encomendación a otros organismos, o por terceros debidamente acreditados por la institución. El artículo 16 de la LOSMA, establece que anualmente deben fijarse programas y subprogramas de fiscalización ambiental. Estos constituyen herramientas de gestión pública para coordinar los procesos de fiscalización, mediante los cuales cada servicio con competencia en la materia debe informar el número de actividades de fiscalización que realizará, los presupuestos sectoriales asociados, así como indicadores de desempeño para verificar su cumplimiento.

Hoy en día la SMA cuenta con un promedio de 3 fiscalizadores por región, los cuales deben fiscalizar aproximadamente 17 mil Unidades Fiscalizables (UF), asociadas a distintos instrumentos de su competencia, número que aumenta año a año. Sin perjuicio de lo anterior, mediante optimizaciones a su gestión interna se ha logrado potenciar los procesos de fiscalización que realiza, aumentando significativamente su despliegue (Figura 5).

Figura 5. Número de fiscalizaciones realizadas por la SMA por año.



Fuente: Elaboración propia en base a sistemas SMA. Al 10 de enero de 2022 (datos 1999 a 2012 corresponden a estimación).

El personal disponible para fiscalización se amplía, si se consideran los funcionarios de los organismos sectoriales que participan en subprogramas de fiscalización ambiental, a través de la Red Nacional de Fiscalización Ambiental (RENFA). Estos subprogramas se formalizan mediante la encomendación de actividades a otros servicios públicos

en base a un procedimiento establecido en el artículo 17 de la LOSMA. Desde el año 2014 se implementa lo que se ha denominado “*ciclo de programación*”, metodología para la formulación de programas y subprogramas, formalizados en diferentes resoluciones exentas, considerando las prioridades de cada organismo.

No obstante, si bien a partir de 2015 las fiscalizaciones ambientales programadas han crecido en un 33% anualmente, el volumen de fiscalizaciones ambientales subprogramadas no ha aumentado significativamente desde el 2017. Esto resulta en que la participación de los organismos sectoriales en las actividades de la SMA haya disminuido del 90% en 2015 al 60% en 2020. El año 2021, se observó un descenso abrupto producto de la pandemia en la subprogramación de la Subsecretaría de Salud Pública, siendo este servicio quien históricamente aporta mayor cantidad de procesos de fiscalización a la RENFA (Tabla 2).

El presupuesto destinado por organismos sectoriales a fiscalización ambiental se ha reducido en el tiempo. Desde el 2013 a la fecha se redujo los recursos para esta materia, en un 12% anualmente. Si el año 2013 el aporte de organismos sectoriales correspondía al 40% de los recursos en fiscalización totales, el 2021 este aporte representa sólo un 10%. Esto indica que si bien las actividades de fiscalización subprogramadas no han disminuido (exceptuando el 2021), los servicios sectoriales realizan actividades de cada vez menor complejidad.

Tabla 2. Fiscalizaciones ambientales subprogramadas según organismo.

Organismo	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Participación
SUBSALUD	3.016	1.985	3.334	3.602	3.318	3.309	2.991	3.648	163	79%
SAG	233	254	192	151	110	120	65	66	71	4%
DIRECTEMAR	82	112	229	164	180	173	91	89	88	4%
SISS	510	270	150	130	37	23	15	13	0	4%
CONAF	57	96	72	465	48	48	33	38	39	3%
DGA	0	0	46	43	59	65	56	72	82	1%
SERNAGEOMIN	51	31	53	27	47	46	46	48	46	1%
SERNAPESCA	46	31	30	18	36	38	39	44	40	1%
SEC	168	0	0	150	0	0	0	0	0	1%
VIALIDAD	21	25	29	8	11	21	19	22	18	1%
SUBTRANS	79	10	22	1	4	7	17	5	1	0,5%
CONADI	0	0	7	10	10	13	9	22	26	0,3%
CMN	5	32	18	9	10	10	8	3	0	0,3%
SUBPESCA	0	0	0	0	7	32	10	5	13	0,2%
DOH	15	0	0	0	0	0	0	0	0	0,0%
Total	4.283	2.846	4.182	4.778	3.877	3.905	3.399	4.075	587	100%

Fuente: Elaboración SMA, 2021.

Cada servicio sectorial ha reasignado presupuesto que inicialmente estaba orientado a fiscalización ambiental, a otras labores. En este sentido, no existe una glosa presupuestaria específica para fiscalización ambiental, sino que estos recursos se contemplan para financiar al mismo tiempo actividades de evaluación ambiental de proyectos, cuya demanda también ha aumentado considerablemente. En consecuencia, la asignación efectiva a fiscalización se torna insuficiente para cubrir las necesidades identificadas por la SMA.

Más aún, uno de los principales problemas que conlleva la potestad fiscalizadora, es que se ha interpretado de manera restrictiva que el artículo 20 de la LOSMA establece que recae sólo en la SMA la tarea de análisis de la información obtenida de las inspecciones ambientales. En vista de ello, se estableció que la SMA es la encargada exclusiva de elaborar informes de fiscalización ambiental (IFA), y las actividades de otros organismos públicos se limita a la generación de reportes técnicos que sirven de insumo a dichos informes.

Al no contar la SMA con un volumen de funcionarios para procesar la cantidad de reportes técnicos generados en las fiscalizaciones que producen los organismos sectoriales, se limita la cantidad máxima de fiscalizaciones que son subprogramables. Esto ha derivado en que en ocasiones se subprograme un número de fiscalizaciones menor al que los organismos sectoriales están dispuestos a efectuar, lo que a su vez incide a la baja en la solicitud presupuestaria del organismo sectorial orientada a fiscalización para el año siguiente. Son los mismos funcionarios de la SMA los encargados de coordinar las actividades subprogramadas, participando del proceso de planificación y ejecución. El escaso número de funcionarios y recursos con que se realiza la labor fiscalizadora, y que conlleva un proceso de investigación exhaustiva, genera una limitante en la generación final de los informes de fiscalización asociados.

A su vez, la demora en el procesamiento de informes de fiscalizaciones en sede sancionatoria puede contribuir en la generación de un desincentivo a organismos sectoriales para ampliar sus esfuerzos de fiscalización, al no observar avances respecto de los hallazgos detectados en sus inspecciones. La falta de estandarización de los reportes técnicos entregados por los organismos sectoriales incide también en los tiempos de tramitación, ya que demanda un mayor tiempo de análisis por parte de la SMA. Al respecto, en conjunto con organismos sectoriales, se ha trabajado desde el año 2015 en la estandarización de la forma en la cual deben remitirse los resultados de las actividades de fiscalización.

En particular, la SMA posee rectoría técnica respecto de la forma de ejecutar actividades de fiscalización. Según esta potestad es esta institución la que debe establecer los criterios que deberán adoptar todos los organismos que cumplan funciones de fiscalización ambiental (Art. 2 LOSMA), y orientar a los regulados en la comprensión de sus obligaciones (Art. 3 LOSMA). El 2015, con el objetivo de estandarizar los criterios de fiscalización de organismos sectoriales, la SMA dictó la Res. Ex. N° 1.184/2015 que establece las etapas que se deben cumplir en una fiscalización y los criterios que se deben considerar en estas etapas. Sin embargo, aún resta ampliar al alcance de estos esfuerzos.

Si bien es necesario integrar un mayor número de fiscalizadores en la SMA, la acción coordinada de los distintos organismos del Estado constituye un pilar de lo que debe ser la labor de un Estado eficiente y moderno. Esto significa fortalecer la labor de la RENFA bajo la rectoría técnica de la SMA, ampliando la capacidad de evaluación de cumplimiento ambiental en distintos sectores productivos. En este sentido, es clave fortalecer las capacidades de otros servicios públicos, apuntando a que sean ellos mismos los que preparen directamente informes de fiscalización, sin la necesaria supervisión de la SMA.

Más aún, para implementar un sistema como el descrito es conveniente dotar a la SMA de mayores responsabilidades de coordinar la asignación de recursos de fiscalización ambiental, por ejemplo, mediante convenios de transferencia de recursos, generando los incentivos correctos para una efectiva coordinación. Se debe simultáneamente extender la rectoría técnica a otros servicios, abordando las asimetrías existentes entre diversos organismos sectoriales, y desarrollar estándares para la elaboración de informes, de forma tal de acelerar su procesamiento, establecer mecanismos de control de gestión, e implementar iniciativas de capacitación.

La fiscalización presencial también debe ser reforzada por herramientas informáticas, integrando diversos sistemas de reporte y seguimiento. En el ámbito de la reportabilidad remota, la SMA ha dictado diversas instrucciones generales prescribiendo la conectividad con los sistemas de monitoreo continuo de emisiones, calidad del aire y del agua, variables operaciones, extracción de recursos hídricos, descargas a cuerpos de agua superficiales, aplicable a unidades fiscalizables tanto a nivel nacional como sectorial. Estos sistemas permitirán observar el

comportamiento de dichas variables en el tiempo, evaluar el cumplimiento normativo de manera automática y en ámbitos no normados, capturar información ambientalmente relevante.

Actualmente, existe en ocasiones una limitación del actuar de la SMA en materia de fiscalización remota, en particular en materia de seguimiento ambiental, debido a la rigidez con que estos quedan consignados en los distintos instrumentos, en especial en las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA). Lo anterior dificulta la implementación de nuevas tecnologías emergentes, el monitoreo remoto y masivo, así como el control permanente de los regulados incorporando mayor inteligencia al proceso.

Como complemento, la Ley establece que, cuando determinadas acciones de fiscalización contempladas en los programas y subprogramas no pueden ser llevadas a cabo, sea por insuficiencia operativa de los organismos sectoriales o por otra causa justificada, estas pueden ser encomendadas por la Superintendencia a entidades técnicas acreditadas (Art. 24 LOSMA).

No obstante, estas entidades técnicas de fiscalización ambiental han operado de manera deficiente, con altos costos y bajo nivel de servicio, lo que indica posibles fallas de mercado que limitan su despliegue. Se debe reformar el sistema de entidades técnicas, promoviendo un mercado más competitivo y un mejor nivel de servicio. Para esto se propone revisar los requisitos para participar en este mercado removiendo barreras de entrada y al mismo tiempo aumentando la supervisión de la SMA sobre estas.

En paralelo, se debe reforzar el sistema de entidades técnicas de certificación ambiental. Este sistema también se compone por terceros acreditados, aunque a la fecha sólo existe una de estas entidades en el país. Se está dando los primeros pasos para su implementación masiva, mediante pilotos en diversos rubros con la finalidad de su puesta en marcha progresiva. Con este sistema se busca conjugar adecuadamente los tres ejes centrales de toda unidad productiva: regulación, procesos operacionales y riesgo ambiental.

Otro elemento a considerar es que debido a la lógica de competencias consignada en la Ley, en la cual se le otorgan las potestades a la entidad fiscalizadora sobre la base de instrumentos de carácter ambiental, la SMA ve limitado su actuar en situaciones de emergencia o contingencia ambiental ante la ausencia de instrumentos de su competencia, a pesar que estas puedan corresponder a eventos de gran relevancia en términos ambientales y comunitarios, y a cuya solución podría contribuir la SMA con sus capacidades instaladas.

Gran parte de las necesidades descritas no requieren de modificaciones legales, pudiendo abordarse a través de disposiciones reglamentarias o simplemente a través de mecanismos de gestión. No obstante, la implementación de algunas de ellas si requiere de una reforma de carácter legal y otras pueden ser impulsadas de mejor forma si son refrendadas expresamente en la Ley.

2.2.2 Propuestas de la Submesa

Resulta evidente a partir de la experiencia de los últimos años en el ámbito de la fiscalización ambiental, que es necesario fortalecer el esquema fiscalizador. Se propone fortalecer cinco elementos: i) mayor dotación de fiscalización en la SMA, ii) mayor reportabilidad remota de variables ambientales, iii) mayor participación, autonomía y capacidad de gestión de organismos sectoriales, iv) mayor volumen de actividades encargadas a entidades técnicas de fiscalización y, v) fomentar mecanismos de conformidad ambiental y corrección temprana.

En base a esta situación, se propusieron los siguientes temas a discutir en el submesa, la que estuvo integrada por Ricardo Irrarrazabal, Luis Cordero, Juan Eduardo Johnson y Cristóbal De La Maza. La submesa sesionó en cuatro oportunidades y a continuación se presentan las principales propuestas.

La propuesta concreta para esta submesa se expone a continuación:

1. Modelo de fiscalización a través de programas y subprograma.
2. Falta de herramientas para asegurar la participación de organismos sectoriales.
3. Revisar la posibilidad de fortalecer la potestad de fiscalización de la SMA reconociendo particularidades de los Instrumentos de Carácter Ambiental (ICA) y definición sobre el rol de la SMA en normas de emisión de carácter local y masivo como ruidos.
4. Falta de estandarización del proceso de fiscalización.
5. Requisitos para entidades técnicas de fiscalización (ETFAS) y de conformidad ambiental (ETCAS).
6. Rol de SMA en fiscalización de normas de calidad.

Propuesta 15: Nuevo literal al artículo 3 para fiscalización en casos sin instrumento.

Incluir un **nuevo literal al artículo 3** que permita a la SMA actuar con facultades de fiscalización ante situaciones de riesgo grave e inminente al medio ambiente en casos sin ICA, quedando establecido por ley la derivación de antecedentes a organismos competentes, para efectos del inicio de procedimientos sancionatorios, demandas por daño ambiental (CDE) o procedimientos penales (Fiscalía). No se alcanzó consenso con esta propuesta.

Propuesta 16: Nuevo inciso al artículo 3 q) para fiscalización de normas y planes.

Se propone agregar un **nuevo inciso al artículo 3 q)** para otorgar potestades a la SMA para que sea responsable de proponer los capítulos de fiscalización de instrumentos en normas de emisión y planes de descontaminación, bajo la lógica del sistema de programación y subprogramación²¹, señalando los organismos encargados, incluyendo municipalidades, favoreciendo a los más especializados en esta tarea²².

Propuesta 17: Mejor coordinación con DIPRES en subprogramación de actividades.

Mantener el modelo de subprogramación del **artículo 16** y la rectoría técnica incluida el **artículo 22**²³, pero estableciendo un procedimiento en la ley que se haga cargo del tema presupuestario, partiendo desde la discusión de la resolución de subprogramación por instrumento, e incorporando a la DIPRES en forma temprana en la discusión modificando el **artículo 17**²⁴. Así, la SMA oficia a DIPRES y a los servicios para efectos de construir las

²¹ Esto se traduce en volver a la SMA, bajo la lógica de subprogramación, algunas materias que en la actualidad se han entregado a otros organismos para su fiscalización y sanción.

²² Reducir la negociación.

²³ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 22.-** 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.

²⁴ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 17.-** 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, los que deberán evacuarse dentro del plazo de 15 días hábiles.

resoluciones de subprogramación, bajo las lógicas de lo que se fiscaliza por cada instrumento, denuncias y situaciones de riesgo. La discusión de las resoluciones de subprogramación debiese darse en paralelo a la preparación de la ley de presupuesto. Finalmente, la DIPRES debiera incorporar el presupuesto sectorial con una glosa especial.²⁵

Propuesta 18: Formalización de corrección temprana.

Se propone formalizar el uso de acciones correctivas tempranas en sede de fiscalización para archivar casos con desviaciones sin efectos negativos, de tal forma de disminuir la cantidad de casos que son derivados a sanción y acelerar la adopción de medidas orientadas a volver al cumplimiento. Se propone que en la instancia de fiscalización, sea posible mediante un requerimiento de información, el solicitar un plan (**artículo 3 u**)²⁶ con un cronograma, en que el titular en un plazo acotado pueda demostrar la subsanación de la(s) brecha(s), procediéndose al cierre y publicación del informe de fiscalización. Esta situación podría quedar en la “hoja de vida del titular”, y asociarse a los planes de gradualidad referidos en el **artículo 42**²⁷, impidiendo la presentación de un programa de cumplimiento si no se cumple lo propuesto y/o ser considerado como un agravante en sancionatorios posteriores (**artículo 40**)²⁸.

Propuesta 19: Relevar utilización de actas de fiscalización.

Aclarar en el **artículo 26**²⁹, que solo es necesario formalizar un Informe de Fiscalización (IFA) en caso de hallazgos de relevancia ambiental, y no asociar cada actividad fiscalizadora necesariamente a un Informe técnico fundado de lato desarrollo, exigiendo para algunos casos (como situaciones sin hallazgos) solamente al acta de fiscalización³⁰ o un informe simple³¹ mediante formularios informáticos. Esto podría no requerir reformar legal.

Propuesta 20: Participación de organismos sectoriales en actividades de fiscalización.

Establecer herramientas concretas que permitan dar viabilidad o asegurar la participación de organismos sectoriales, en actividades de fiscalización, más allá de la buena voluntad. Esto incluye reforzar el uso de indicadores de desempeño de jefes de servicio y sus equipos de trabajo, y la ejecución del presupuesto específico para fiscalización ambiental. Esto requeriría una revisión/modificación de los **artículos 17 inciso final**³², **23 inciso**

²⁵ Presupuestos ambientales sectoriales. Presupuesto transversal del Estado en temas informáticos. Octubre ley de presupuesto. Exige acelerar el ciclo de programación.

²⁶ **Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 3.- u)** Proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de planes de cumplimiento o de reparación, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2º de esta ley.

²⁷ **Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 42.-** Para estos efectos se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.

²⁸ Correlato con mesa de incentivo al cumplimiento.

²⁹ **Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 26.-** Los resultados de las inspecciones, mediciones y análisis realizados por la Superintendencia, por entidades técnicas acreditadas y por organismos sectoriales, junto con un informe técnico fundado y sus conclusiones, deberán remitirse, una vez finalizados, al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental al cual se refiere el artículo 31.

³⁰ Necesario solo cuando se requiere procedimiento sancionatorio.

³¹ Contenidos mínimos de un acta de fiscalización, incluyendo un formulario sin hallazgos, que cosas se revisaron de gabinete, exámenes de información.

³² **Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 17.-** Las resoluciones que fijen los programas y subprogramas deberán garantizar adecuadamente la participación en la fiscalización de la Superintendencia y de los organismos sectoriales. Asimismo, deberán resguardar la debida coordinación

segundo³³ y artículo 25³⁴, y una modificación de otras Leyes o reglamentos (Organismos sectoriales o DIPRES), por lo que parece difícil su implementación en una ley corta. A su vez, se podría incluir la obligación de la SMA de derivar estos antecedentes a la CGR, para que esta evalúe mediante auditorías si existen deficiencias en el cumplimiento de obligaciones de organismos sectoriales con un nuevo inciso en el **artículo 23**, generando un incentivo al responsable.

Propuesta 21: Interpretación administrativa de instrumentos de carácter ambiental.

Facultar a la SMA para interpretar los respectivos instrumentos de carácter ambiental, en aquellos aspectos relacionados con la fiscalización, monitoreo y seguimiento ambiental.

Propuesta 22: Modificar artículo 3 y darle función instrumental a fiscalización de normas de calidad.

Eliminar la mención a normas de calidad **en el artículo 3 c)³⁵** y darle una función instrumental a la potestad de fiscalización de este instrumento, en términos de riesgo ambiental. Así como ya se realiza para planes de prevención y descontaminación, donde se publica anualmente un informe con la evaluación de sus avances, se propone modificar el **artículo 3 b)** para prescribir que la SMA deba publicar un informe de evaluación de la calidad ambiental a nivel nacional, incluyendo situaciones normadas y no normadas, utilizando como referencia normas de calidad y en su ausencia normas internacionales. Si no hay normas de referencia, se puede hacer una evaluación de riesgo o resaltar vacíos de información. A su vez, se propone profundizar la evaluación de la efectividad de otros instrumentos de su competencia como planes o normas de emisión, con respecto al cumplimiento de normas de calidad ambiental, en los contenidos que se establezca discrecionalmente. Lo anterior con independencia de la labor específica de fiscalización que le corresponde a la SMA en materia de normas de calidad, la cual queda establecida sobre la base del programa anual de fiscalización respectivo. Esto puede no ser materia de amplio debate y no recomendable para su discusión en una ley corta. Involucra revisar atribuciones del Ministerio del Medio Ambiente sobre informe del estado del medio ambiente.

Propuesta 23: Sobre programas de monitoreo ambiental.

Se propone agregar un **nuevo inciso al artículo 3 q)³⁶** que indique que sea la SMA la que defina programas de monitoreo o plan de vigilancia que se deberá implementar en los ICAs (salvo el caso de RCA), identificando estaciones, metodologías y frecuencias de medición y reporte. A su vez, se propone como sucede en otros países, que redes públicas de monitoreo de normas calidad ambiental y el Registro de Emisiones y Transferencia de

entre ellas, evitando duplicidad de funciones. En dichas resoluciones se deberá indicar, además, 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.

³³ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 23.-** Los convenios de desempeño a los cuales se refiere la ley N° 19.882, aplicables a los jefes de los organismos y servicios sectoriales que ejerzan funciones de fiscalización en materia ambiental, así como sus equipos de trabajo, deberán contener las obligaciones específicas de cumplimiento sujetas a indicadores verificables, relativos a los procedimientos de fiscalización regulados en la presente ley.

³⁴ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 25.-** Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos.

³⁵ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 35.- c)** El incumplimiento de las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación, normas de calidad y emisión, cuando corresponda.

³⁶ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 3.- q)** Proporcionar información y absolver las consultas del Ministerio del Medio Ambiente y de los organismos con competencia en fiscalización ambiental, para la elaboración de las normas técnicas que correspondan.

Contaminantes (RETC) referido en el **artículo 70 p)**³⁷ de la ley 19.300, quede a cargo de la SMA. Esto puede no ser materia de amplio debate y no recomendable para su discusión en una ley corta. Involucra revisar atribuciones del Ministerio del Medio Ambiente.

Propuesta 24: Reforzar las atribuciones de seguimiento ambiental.

Reforzar las atribuciones de seguimiento ambiental de la SMA, aclarando que puede modificar de oficio o a petición de partes y de manera fundada, los alcances del plan de seguimiento de las variables ambientales o los monitoreos definidos en Resoluciones de Calificación Ambiental o establecidos en otros ICA.

Propuesta 25: Activación del artículo 25 quinquies de la ley 19.300.

Establecer en la ley 19.300 que la SMA tiene la facultad para requerir la activación del **artículo 25 quinquies**³⁸ de la ley 19.300 (revisión de RCA), complementado con la facultad de someter a los regulados a programas de evaluación y certificación de conformidad ex-post de acuerdo con lo indicado en el **artículo 27 de la LOSMA**. Más aún, sería conveniente que la SMA requiera la activación del **artículo 25 sexies**³⁹ de la ley 19.300, instruyendo el refundido de RCAs si esto facilita su seguimiento y fiscalización. Esto puede requerir modificar también el **artículo 3 l)**.

Propuesta 26: Reforzar atribuciones para establecer nuevas obligaciones de seguimiento.

Revisar si se requiere reforzar las atribuciones conferidas a la SMA para establecer instrucciones de carácter general, conferidas en el **artículo 3 literales d, e, f, m y ñ, s) y el artículo 32**⁴⁰, y si estas son lo suficientemente amplias para permitir establecer nuevas obligaciones de seguimiento, modificar obligaciones de monitoreo existentes, o establecer obligatoriedad de mediciones periódicas mediante terceros acreditados como ETFAs a costa de los titulares. Para esto último puede ser necesario agregar un inciso al **artículo 24** y dejar expreso en la ley.

Propuesta 27: Reforzar a otros organismos sectoriales en materia de fiscalización.

³⁷ Ley N° 19.300. "Artículo 70.- p) Administrar un Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes en el cual se registrará y sistematizará, por fuente o agrupación de fuentes de un mismo establecimiento, la naturaleza, caudal y concentración de emisiones de contaminantes que sean objeto de una norma de emisión, y la naturaleza, volumen y destino de los residuos sólidos generados que señale el reglamento. Igualmente, en los casos y forma que establezca el reglamento, el registro sistematizará y estimará el tipo, caudal y concentración total y por tipo de fuente, de las emisiones que no sean materia de una norma de emisión vigente. Para tal efecto, el Ministerio requerirá de los servicios y organismos estatales que corresponda, información general sobre actividades productivas, materias primas, procesos productivos, tecnología, volúmenes de producción y cualquiera otra disponible y útil a los fines de la estimación. Las emisiones estimadas a que se refiere el presente inciso serán innominadas e indicarán la metodología de modelación utilizada.

³⁸ Ley N° 19.300. "Artículo 25 quinquies.- La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

³⁹ Ley N° 19.300. "Artículo 25 sexies.- Cuando una resolución de calificación ambiental sea modificada por una o más resoluciones, el Servicio de oficio o a petición del proponente, podrá establecer el texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha resolución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance.

⁴⁰ Ley N° 20.417. artículo segundo. "Artículo 32.- Asimismo, deberá permitir el acceso digital directo y gratuito a toda persona respecto de la información que en ella se consigne.

Establecer que otros servicios públicos se conviertan en ministros de fe en el marco de la realización de actividades de fiscalización efectuadas conforme a la subprogramación por parte de la SMA, y actuar en nombre de la Superintendencia, incluyendo municipios (**modificar artículo 2⁴¹ y artículo 8⁴², ambos en su inciso segundo**) (organismos con competencia ambiental subprogramada⁴³). Se debe considerar que varios organismos sectoriales ya cuentan con esta facultad.

Propuesta 28: Delegar desarrollo de informes de fiscalización a otros organismos sectoriales.

Aclarar que organismos sectoriales pueden emitir informes de fiscalización (**modificar artículo 20⁴⁴ y 26⁴⁵**), y deben informar a la SMA de las fiscalizaciones efectuadas en materia ambiental, reforzando la rectoría técnica de la SMA (**modificar artículo 22 inciso segundo⁴⁶ y 23 final inciso primero⁴⁷**). No se alcanzó consenso con esta propuesta.

Propuesta 29: Nuevos mecanismos para fiscalizar denuncias en subprogramación.

Reforzar que otros organismos pueden proponer a la SMA fiscalizaciones concretas no habiendo sido subprogramados, es decir pueden informar a la SMA de situaciones de desviaciones de instrumentos, y generar un mecanismo para que puedan fiscalizar denuncias con mayor libertad, subprogramando actividades de manera dinámica más de una vez al año (**modificar artículos 16 g⁴⁸, 17⁴⁹ y 19⁵⁰**). En este sentido, y dadas las restricciones

⁴¹ Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 2.- 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.

⁴² Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 8.- El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal.

⁴³ Riesgoso desde el punto de vista técnico. Con supervisión e incentivos para evitar malas prácticas.

⁴⁴ Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 20.- 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.

⁴⁵ Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 26.- Los resultados de las inspecciones, mediciones y análisis realizados por la Superintendencia, por entidades técnicas acreditadas y por organismos sectoriales, junto con un informe técnico fundado y sus conclusiones, deberán remitirse, una vez finalizados, al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental al cual se refiere el artículo 31.

⁴⁶ Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 22.- Para estos efectos, la Superintendencia impartirá directrices a los mencionados organismos sectoriales, informando, las acciones de fiscalización que éstos asumirán, los plazos y oportunidades para su realización y las demás condiciones pertinentes. A su vez, 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.

⁴⁷ Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 23.- Los convenios de desempeño a los cuales se refiere la ley N° 19.882, aplicables a los jefes de los organismos y servicios sectoriales que ejerzan funciones de fiscalización en materia ambiental, así como sus equipos de trabajo, deberán contener las obligaciones específicas de cumplimiento sujetas a indicadores verificables, relativos a los procedimientos de fiscalización regulados en la presente ley.

⁴⁸ Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 16.- g) Otros programas y subprogramas que, de conformidad a las instrucciones impartidas por la Superintendencia o lo dispuesto en la ley N° 19.300 u otros cuerpos legales, den origen a actividades de fiscalización en materia medio ambiental, de competencia de la Superintendencia.

⁴⁹ Ley N° 20.417. artículo segundo. “Artículo 17.- 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, los que deberán evacuarse dentro del plazo de 15 días hábiles.

Sobre la base de los informes señalados y de los demás antecedentes, se elaborarán las propuestas de programas y subprogramas, y los someterán a consulta de los organismos y servicios que la Superintendencia estime pertinente.

Concluido el período de consulta, los programas y subprogramas y las observaciones recibidas se pondrán en conocimiento del Superintendente, el que los fijará mediante una o más resoluciones exentas, siendo comunicada a los organismos sectoriales y a fiscalizados.

Las resoluciones que fijen los programas y subprogramas deberán garantizar adecuadamente la participación en la fiscalización de la Superintendencia y de los organismos sectoriales. Asimismo, deberán resguardar la debida coordinación entre ellas, evitando duplicidad de

presupuestarias, las actividades consignadas en los respectivos programas y subprogramas de fiscalización debieran poder modificarse libremente sobre la base de la realización de actividades motivadas por denuncia u oficio.

Propuesta 30: Potenciar el uso de entidades técnicas acreditadas.

Potenciar el uso de entidades certificadas establecidos en los **artículos 3 c)⁵¹ y p)⁵²** de la LOSMA. En la práctica, estos mercados no han funcionado como se esperaba. En particular se hace necesario promover las entidades técnicas de certificación ambiental (ETCAS), que corresponden a un mecanismo complementario al modelo de fiscalización, que no han podido ser implementadas en estos 10 años, ya sea por falta de incentivos, exceso de requisitos o prioridades administrativas. Esto requiere modificaciones de tipo reglamentarias. No obstante, se identifican algunas situaciones de rango legal que podrían dar mayor flexibilidad al sistema, como reforzar el alcance de los incentivos asociados de someterse a este régimen **establecidos en el artículo 27**, revisar los alcances de la incompatibilidad entre servicios de evaluación y fiscalización, sobre todo cuando estos no son directamente el trámite de una RCA (levantamiento de líneas de base, modelación, entre otros), aunque en este último punto hubo desacuerdo⁵³.

Propuesta 31: Adoptar modelo SEC de planes de acción para incentivar un mejor comportamiento.

Se propone adoptar el modelo SEC de planes de acción para incentivar un mejor comportamiento del sector regulado, con medidas más allá de la ley implementadas de manera voluntaria, considerando como referencia al desempeño ambiental de las empresas en la misma categoría o subcategoría económica más allá de la exigencia normativa. Esto requiere formalizar el instrumento plan de acción para aplicarse en sede fiscalización, agregando

funciones. En dichas resoluciones se deberá indicar, además, 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.

⁵⁰ **Ley N° 20.417. artículo segundo. "Artículo 19.-** Las actividades de fiscalización se ceñirán a los programas y subprogramas definidos, sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia para disponer la realización de inspecciones no contempladas en aquéllos, en caso de denuncias o reclamos y en los demás en que tome conocimiento, por cualquier medio, de incumplimientos o infracciones de su competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, una vez al año y sujeto al procedimiento señalado en artículo 17, podrán actualizarse los programas y subprogramas de fiscalización cuando razones fundadas basadas en la eficiencia del sistema de fiscalización así lo aconsejen.

⁵¹ **Ley N° 20.417. artículo segundo. "Artículo 3.- c)** Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo, cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados.

⁵² **Ley N° 20.417. artículo segundo. "Artículo 3.- p)** Administrar un mecanismo de evaluación y certificación de conformidad, respecto de la normativa ambiental aplicable y del cumplimiento de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental.

⁵³ Tipo APL/incentivo de programación.

un **nuevo inciso al artículo 3 u)**⁵⁴ **y modificando el artículo 29**⁵⁵ para que la citación vinculante de representantes de una empresa no solo aplique en materias de fiscalización.⁵⁶

2.2.3 Propuestas adicionales de la SMA

Propuesta 32: Incorporar el cobro de derechos arancelarios para administrar el sistema de entidades técnicas

Incorporar el cobro de derechos arancelarios para administrar el sistema de entidades técnicas, como ocurre en el caso de otros organismos públicos como la autoridad sanitaria, y para mantener actualizado el sistema de información de fiscalización de ambiental y la plataforma electrónica de la SMA, los cuales deben ser fijados por resolución del Superintendente del Medio Ambiente.

2.2.4 Propuestas de otros actores

Propuesta 33: Consultas de pertinencia a SNIFA.

Añadir a la normativa de orden legal que las consultas de pertinencia al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA). Para ello se sugiere modificar el artículo 31 de la LOSMA agregando este documento como requisito. Esto podría facilitarse mediante convenio de colaboración con el SEA. Actualmente esto se encuentra en el Reglamento (DS. 31/2012 MMA) sobre el SNIFA. Se indica en el art. 8, letra a) que la SMA recibirá de los sujetos obligados, en este caso del SEA, los pronunciamientos que recaigan sobre la pertinencia de ingreso.

Propuesta 34: Mejorar sistema de reporte de cumplimiento de planes.

Mejorar el sistema de reporte de cumplimiento de los Planes de Prevención o Descontaminación Ambiental (PPDA), estableciendo un mecanismo más transparente y accesible para que la población pueda verificar el nivel de cumplimiento por sector, modificando el artículo 31 de la LOSMA.

Propuesta 35: Expedientes electrónicos.

Formalizar y regular la existencia de los expedientes administrativos electrónicos, disponiendo que todos los expedientes administrativos ambientales sean electrónicos y estableciendo normas respecto a su manejo, agregando un artículo 31 quinquies. Esto puede no requerir reforma legal.

Propuesta 36: Requerimiento de información a denunciado.

⁵⁴ **Ley N° 20.417. artículo segundo. "Artículo 3.- u)** Proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de planes de cumplimiento o de reparación, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2º de esta ley.

⁵⁵ **Ley N° 20.417. artículo segundo. "Artículo 29.-** La Superintendencia podrá citar a declarar a los representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de los sujetos fiscalizados, como asimismo a testigos, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones. No estarán obligadas a concurrir a declarar las personas indicadas en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, a las cuales la Superintendencia deberá pedir declaración por escrito. La Superintendencia podrá requerir de la justicia ordinaria la aplicación del procedimiento de apremio contemplado en los artículos 93 y 94 del Código Tributario, en contra de las personas que habiendo sido citadas bajo apercibimiento no concurran a declarar sin causa justificada.

⁵⁶ La evaluación positiva en dichos planes podría disminuir la prioridad del regulado en el proceso de programación.

Posibilidad de generar un requerimiento de información inmediato al denunciado para adelantar posibles correcciones rápidas. Esto no requiere modificación legal.

2.2.5 Comentarios Finales

Varios de los participantes indicaron que no parece prudente incorporar una atribución expresa para fiscalizar en casos donde no existe instrumento de carácter ambiental que entregue competencias a las SMA, esto porque se desvía abruptamente del modelo institucional vigente que limita su accionar a situaciones donde existe un instrumento normativo. A su vez, se considera innecesario en vista del fallo de Corte Suprema (causa ROL 37179-2015), que indica que en esos casos se puede y debe fiscalizar, sin necesidad de abordar esto en una reforma legal. Mas aún, la Corte Suprema establece que la SMA debe ocupar sus atribuciones coordinadoras, y dictar instrucciones y recomendaciones si se requiere (medida cautelar blanda, pues la empresa no puede ser sancionada si incumple).

Otra opción es ampliar el rango de establecimientos regulados por la SMA mediante nuevas obligaciones prescritas de normas de emisión o planes de descontaminación o mediante la exigencia de una adecuación a la normativa actual para instalaciones previas a la entrada en vigor del sistema de evaluación de impacto ambiental. Esto permitiría extender el marco de acción de la SMA cuando hay situaciones de riesgo o daño inminente⁵⁷. Actualmente, ante una contingencia o emergencia ambiental la SMA tiene como política realizar mediciones y muestreos en cualquier caso, y si se trata de instalaciones fuera de su competencia deriva esta información a otros organismos sectoriales.

En la práctica, se plantea que formalizar el accionar de la SMA en contingencias o emergencias tiene lógica desde el punto de vista de gestión ambiental, aunque no desde el punto de vista sancionatorio. La SMA podría generar cierto nivel de análisis que debería normar para efectos de fiscalización y constatar esta situación antes de que desaparezcan las evidencias. No obstante, esto desdibuja en parte el diseño institucional que establece que la SMA actúe ante la presencia de ICAs fiscalizables. Una cautelar administrativa, es una nueva competencia en materia de riesgo ambiental, desacoplada del elemento sancionatorio. Si bien, hay cierto acuerdo en avanzar en esta línea, esto puede implicar la necesidad de mayores recursos y un impacto en dotación.

2.2.6 Propuestas de articulado

No se presentaron propuestas de articulado.

⁵⁷ Es preciso diferenciar entre los conceptos de daños y riesgo. Riesgo inminente de daño ambiental indica situaciones que justifican la acción cautelar de la autoridad ambiental.

Así mismo es preciso señalar que esta no es la misma hipótesis consignada en la propuesta 12, sobre "riesgo o daño inminente al medio ambiente".

2.3 Potestad Sancionadora

2.3.1 Antecedentes

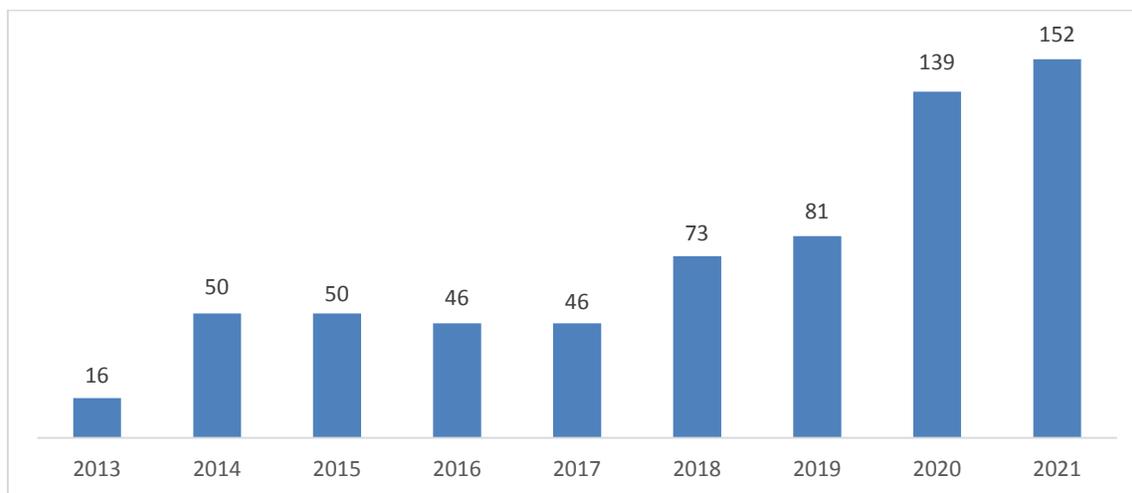
El párrafo tercero de la LOSMA regula el procedimiento sancionatorio y la forma en que la potestad sancionatoria debe ejercerse, es decir, cómo la SMA sanciona y qué pasos y garantías debe considerar para el ejercicio de esa atribución. En ese contexto, se regula las etapas de dicho procedimiento, las garantías del sujeto pasivo del mismo (infractor) y de los interesados, la tipificación de las infracciones, la forma en que se deben clasificar y los criterios modeladores que debe seguir para llegar a la sanción específica a aplicar una vez determinado el rango aplicable.

La acción sancionadora de la SMA ha tenido un aumento significativo en el último periodo. Los dictámenes dictados el 2021 más que duplicaron lo realizado durante el 2018 (Figura 6). Esto se explica por el aumento de denuncias recibidas durante el último periodo y su gestión oportuna. Se espera que el requerimiento de nuevos procedimientos sancionatorios continúe aumentando, como contrapartida al incremento observado en el número de denuncias recibidas. Históricamente cerca del 60% de los procedimientos sancionatorios tienen como origen una denuncia.

Sin embargo, los mayores requerimientos de nuevos procedimientos corresponden al procesamiento del alto volumen de expedientes de fiscalización que se encuentran con sanción pendiente. Si bien durante los últimos años, diversas mejoras han permitido acelerar la gestión de la SMA mediante la automatización de procesos y la racionalización de la respuesta disuasiva que privilegia el uso de vías alternativas de cumplimiento, aún existe un alto número de expedientes acumulados sin avances sustantivos.

Se debe reconocer que la mayoría de los nuevos dictámenes se refieren a materias estandarizables como infracciones a normas de emisión, planes de descontaminación y temas del RETC, áreas que incorporan un volumen masivo de casos que no se condicen con las exigencias legales de la LOSMA relativas al estándar del procedimiento sancionatorio, para los que originariamente se diseñó la SMA. El procedimiento sancionatorio se concibió para la fiscalización de grandes proyectos y no para grandes volúmenes de casos de realidad disímil.

Figura 6. Número de dictámenes por año.



Fuente: Elaboración SMA a partir del Sistema de Procedimientos Sancionatorios. Al 10 de enero de 2022.

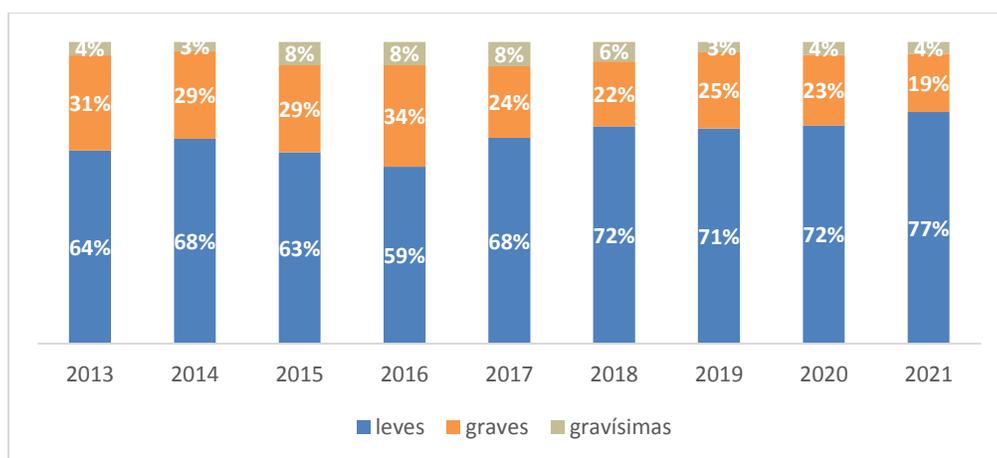
A modo ilustrativo, el 2018 el volumen de expedientes de fiscalización pendientes de tramite representaba el 64% del total derivado al Departamento de Sanción y Cumplimiento, mientras que a la fecha este valor es de 13%. No obstante, los avances, lo remanente está constituido por casos complejos de abordar, y que por tanto requieren tiempos de tramitación considerables. Esto en virtud de que la mayor parte de lo gestionado corresponde a instrumentos de carácter ambiental cuyo procedimiento puede ser automatizada como normas de emisión.

La mayor dificultad para una tramitación expedita proviene del artículo 35 de la LOSMA, que prescribe un sólo un tipo de procedimiento administrativo sancionatorio para poder abordar una serie de infracciones a instrumentos de carácter ambiental de distinta índole. En este sentido, el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA de acuerdo a las reglas legales vigentes evidencia como una relevante oportunidad de perfeccionamiento el revisar la obligación de la SMA de tener que aplicar el mismo procedimiento y con el mismo estándar de motivación a todas las infracciones definidas en el artículo 35 de la LOSMA sin importar su entidad.

Ello ha traído como consecuencia que infracciones menores, como superaciones leves a la norma de ruido, sean tratadas igual que una infracción gravísima a una resolución de calificación ambiental que genera un daño ambiental. En efecto, si se revisan los controles que los Tribunales Ambientales han hecho de las sanciones, se aplica el mismo estándar para todos los casos ello amparado en las exigencias de la LOSMA. Al respecto, la realidad ha demostrado que existen casos recurrentes y de volúmenes masivos, como ruidos molestos que debiere disponer de procedimientos monitoreos más simples, o mecanismos alternativos de salida, de tramitación más expedita, con los resguardos legales pertinentes. De lo contrario, se produce una sobre fundamentación que atenta contra la celeridad con que se pueden enfrentar el procedimiento.

Esto último es relevante dado que existe un volumen relevante de procedimientos sancionatorios asociados a infracciones e instrumentos de carácter ambiental de baja entidad. Según los antecedentes disponibles, dos de cada tres infracciones levantadas por la Superintendencia han sido clasificadas como leves, y aproximadamente el 70% de los procesos sancionatorios iniciados a la fecha contiene al menos una infracción catalogada en dicha categoría (Figura 7). Más aún, cerca del 40% del total de procesos sancionatorios corresponde en exclusiva a infracciones en materia de ruidos molestos en el marco del D.S. 38/2011.

Figura 7. Distribución clasificación de infracciones.



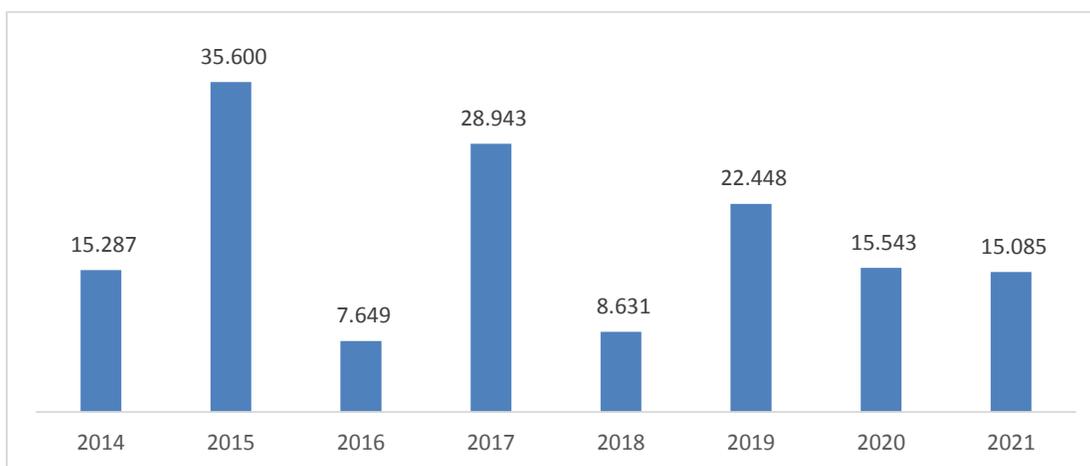
Fuente: Elaboración SMA a partir del Sistema de Procedimientos Sancionatorios. Al 10 de enero de 2022.

En este sentido, para la debida gestión de casos con infracciones menores se ha revelado, más allá de la necesidad de implementar un procedimiento simplificado, el imperativo de implementar vías alternativas a la sanción dirigidas a darles una solución ambiental, por lo que su institucionalización de la vía legal podría generar menos riesgos de aplicación arbitraria de las mismas. Asimismo, se ve la necesidad de revisar el catálogo de infracciones, los requisitos de descarte de efectos negativos, los criterios de clasificación de gravedad y los requisitos de fundamentación según la experiencia adquirida, el rol de los interesados en el procedimiento y la necesidad de mantener el trámite de consulta previa al tribunal ambiental para sanciones no pecuniarias, que solo ha generado retrasos innecesarios.

Por otro lado, se ha evidenciado la necesidad de introducir cambios en el procedimiento para hacerlo más ágil. Uno de los principales motivos de demora, son los problemas para notificar vía carta certificada que es la que exige el legislador para iniciar el señalado procedimiento. En virtud de la ley y las instrucciones generales vigentes, ya existe la obligación de titulares de registrar una casilla de correo electrónico en la SMA. La correlación lógica de esa obligación sería poder permitir la notificación por esa vía, y que existiera una habilitación legal para ello.

A la fecha la SMA ha cursado multas por un valor cercano a 160 mil UTA (Figura 8), las que en han sido principalmente dirigidas en términos de número de multas a los sectores de equipamiento (45%), Vivienda e Inmobiliarios (15%) y Agroindustrias (10%). En cuanto a montos, el 40% corresponde a minería, y le siguen los sectores de pesca y acuicultura, y agroindustrias con un 11% respectivamente. La práctica ha mostrado, que el tope de 10 mil UTA como multa máxima aplicable a una infracción gravísima puede ser bajo en algunos sectores como la minería o acuicultura, considerando que solamente por concepto de ganancias ilícitas en infracciones como elusión al SEIA, producción ilegal, o abastecimiento de aguas fuera de la norma, se puede superar con creces ese límite.

Figura 8. Multas cursadas por la SMA (Unidades Tributarias Anuales, UTA).



Fuente: Elaboración SMA (2021) a partir del Sistema de Procedimientos Sancionatorios. Al 10 de enero de 2022.

Por último, la tramitación de ciertas sanciones no pecuniarias gravosas como la clausura o revocación de la RCA, que según la LOSMA deben ser elevadas en consulta al Tribunal Ambiental competente para que sean ejecutables,

involucra tiempos adicionales para cerrar el procedimiento. La mayoría de esas sanciones tienen un fin disuasivo, es decir, incentivar que ciertas infracciones ocurran con menor frecuencia. El añadir un trámite adicional, juega en contra de este objetivo al dilatar aún más la resolución del caso. Más aún, los tres Tribunales Ambientales han determinado distintas tramitaciones para cada procedimiento de consulta, lo que genera dificultades para los operadores del sistema. El trámite de consulta está en desuso en la legislación nacional y comparada, y las garantías entregadas al titular que enfrenta este tipo de sanciones se aseguran con la posibilidad de reclamarlas judicialmente y pedir la suspensión de sus efectos por razones fundadas.

2.3.2 Propuesta de la Submesa

De acuerdo con este diagnóstico, es necesario agilizar el procedimiento sancionatorio, en especial con un procedimiento simplificado para sanciones leves. En base a esta situación, se propusieron los siguientes temas a discutir en el submesa integrada por Marie Claude Plumer B., Ximena Insunza C., Luis Cordero V. y Cristian Franz.

La propuesta concreta para esta submesa se expone a continuación:

<p>Creación de procedimientos simplificado para infracciones masivas (ruidos) y/o leves:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Procedimiento diferente.2. Estándar de motivación diferente.3. Impugnación limitada.4. Salidas alternativas. <p>Revisión del catálogo de infracciones del artículo 35 de la LOSMA y sanciones asociadas:</p> <ol style="list-style-type: none">5. Revisar rango de multas.6. Revisar tipos infraccionales. <p>Revisión de criterios de clasificación de gravedad del artículo 36</p> <p>Revisión de criterios del artículo 40:</p> <ol style="list-style-type: none">7. Especialmente para procedimientos simplificados.8. Más flexibilidad para sanciones más rápidas. <p>Revisión de trámite de consulta de sanciones al tribunal ambiental</p> <ol style="list-style-type: none">9. Notificación electrónica (potestad general).10. Posibilidad de suspender el procedimiento a petición fundada de interesados por un plazo acotado. <p>Revisión de vías alternativas y su inclusión formal en la LOSMA:</p> <ol style="list-style-type: none">11. Corrección en sede de fiscalización.12. Corrección en sede pre-sancionatorio.13. Otras vías alternativas (carta de advertencia).

Propuesta 37: Modificación de artículo 38 con catálogo de sanciones.

Eliminar el límite inferior de sanción de 1 UTA modificando el literal a) del artículo 38. Se redacta la sanción de multa en términos de “multa hasta X”, de tal manera de permitir aplicar un rango inferior a 1 UTA, como en la ley REP.

Propuesta 38: Agregar nuevo artículo con sanciones para procedimiento simplificado.

Agregar un nuevo artículo a la LOSMA estableciendo que, en el caso de infracciones leves, será posible realizar un procedimiento simplificado. Para lo anterior, es necesario que a nivel legal se revise el estándar de motivación en

esos casos para flexibilizarlo, incluyendo el descarte de efectos negativos, ya que simplificar sólo el procedimiento puede ser insuficiente. Esto deja el procedimiento de lato conocimiento para infracciones gravísimas y graves.

Propuesta 39: Agregar nuevo artículo con procedimiento automático reclamable.

Agregar un nuevo artículo a la LOSMA estableciendo que en el caso de infracciones menores (nueva clasificación) y de verificación simple y directa (principalmente normas de emisión y medidas de planes de descontaminación), se aplicará un nuevo procedimiento automático con sanciones pre-definidas por la SMA, reduciendo la explicación de los motivos exigida en cuanto a su clasificación y su fundamentación, a las circunstancias referidas en el artículo 40 de la LOSMA para definir su entidad. Esto a infracciones recurrentes y de volumen masivo, y con una multa máxima de hasta 500 UTA, reclamable ante el tribunal ambiental. Se propone referirse a este procedimiento como “de reclamo”, ya que no aplicaría la etapa de descargos y correspondería su reclamación directa al Tribunal Ambiental.

Propuesta 40: Eliminar elementos subjetivos de la clasificación de gravedad.

Los elementos subjetivos en la clasificación de gravedad actual, tanto para infracciones gravísimas como graves, requieren para ser efectivas de facultades intrusivas de investigación. Por ejemplo, se propone eliminar de la letra b) del artículo 36 de la LOSMA, la calificación “gravemente”, de tal manera que acreditada la “afectación” a la salud de las personas se comprenda la gravedad de la infracción, aunque esto fue debatido. Se propone eliminar también elementos volitivos de la calificación de gravedad, como “deliberadamente”, “encubrir”, “impedir”, “obstaculizar” o “ocultar”, en literales c), d) y e).

Propuesta 41: Modificar artículo 36 N°1. Cuestiones asociadas a planes de descontaminación.

Eliminar la letra c)⁵⁸ de artículo 36 N°1 y N°2 y reemplazarlas por un nuevo tipo infraccional que tribute al instrumento de gestión Plan de Prevención y/o Descontaminación. Actualmente, la vinculación a las metas, medidas y objetivos de un plan hace especialmente complejo la aplicación de sanciones, dado a que la determinación de la sanción aplicable, por ejemplo, a la venta de leña húmeda, debe precisarse cómo dicha acción pudo contribuir o no al cumplimiento de las metas totales de un PPDA.

Propuesta 42: Modificar artículo 36 N°1. Cuestiones asociadas a RCA.

Incorporar las siguientes nuevas circunstancias gravísimas al **artículo 36** N°1: i) Incumplan las medidas destinadas a la mitigación, compensación o reparación contenidas en la respectiva RCA. ii) Incumplan las obligaciones contenidas en el plan de seguimiento ambiental de acuerdo con la respectiva RCA.

Propuesta 43: Modificar artículo 36 N°1 y N°2. Cuestiones asociadas a áreas protegidas.

⁵⁸ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- c) Impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de metas, medidas, y objetivos de un Plan de Prevención o Descontaminación.

Incorporar las siguientes nuevas circunstancias gravísimas al **artículo 36 N°1** el ejecutarse en áreas protegidas sin autorización y eliminar la letra i)⁵⁹ **del artículo 36 N°2**.

Propuesta 44: Modificar artículo 36 N°2. Cuestiones asociadas a otros compromisos RCA.

Ajustar la letra e)⁶⁰ al **artículo 36 N°2** para acotarla a otros compromisos y exigencias no destinados a la mitigación, compensación o reparación contenidas en la respectiva RCA o las obligaciones del plan de seguimiento.

Propuesta 45: Modificar artículo 36 N°1 y N°2. Cuestiones asociadas a medidas.

Incorporar como nueva circunstancia gravísima al **del artículo 36 N°1** el incumplimiento de medidas solicitadas por la SMA, según lo descrito en la letra f) **del artículo 36 N°2** y eliminando la referencia a “urgente” para que comprenda todas las medidas dictadas por la SMA.

Propuesta 46: Modificar artículo 36 N°1 y N°2. Cuestiones asociadas a instrucciones o requerimientos.

Crear nuevo literal f) **del artículo 36 N°2** la infracción referida a no responder, no cumplir con las instrucciones y requerimientos de la SMA, subsumiendo las infracciones de las letras f)⁶¹ y g)⁶² del mismo artículo en un único literal.

Propuesta 47: Modificar artículo 36 N°1 y N°2 Daño ambiental.

Reemplazar la **letra a)**⁶³ **del artículo 36 N°1** dejando daño ambiental sin diferenciar por irreparable o reparable como una infracción gravísima e reemplazar la letra a) **del artículo 36 N°2** con daño en componentes ambientales, pero no necesariamente daño ambiental. Se propone mantener una sola clasificación de gravedad referida a daño ambiental, de tal manera de eliminar el requisito probatorio de determinar si este es posible o no de reparar como requisito. Si existe daño ambiental la infracción siempre será gravísima.

Propuesta 48: Modificar artículo 36 N°1 y N°2 Elusión.

Acotar elusión al SEIA sólo como una infracción gravísima y eliminar la **letra d)**⁶⁴ **del artículo 36 N°2**. Toda elusión al SEIA debe ser gravísima. La letra f) debe ser comprensiva y no limitarse a los que eluden ingresar por EIA.

Propuesta 49: Modificar artículo 36 N°2. Reincidencia.

La conducta reincidente respecto a la misma infracción siempre debe ser gravísima. Eliminar letra h)⁶⁵ **del artículo 36 N°2** para disponer de una sola clasificación referida a la reincidencia como gravísima.

Propuesta 50: Modificar artículo 35 Requerimiento de Ingreso.

⁵⁹ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.

⁶⁰ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.

⁶¹ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- f) Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes.

⁶² Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- g) Constituyan una negativa a entregar información relevante.

⁶³ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.

⁶⁴ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior.

⁶⁵ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 36.- h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve.

Precisar tipificación de infracción de requerimiento de ingreso al SEIA. Mantener la **letra b)**⁶⁶, separando la referencia del incumplimiento al requerimiento de Ingreso a otra nueva letra de forma separada.

Propuesta 51: Modificar artículo 35 Normas de calidad.

Eliminar infracción a normas de calidad ya que su incumplimiento sólo aplica al Estado. Se propone eliminar de la **letra c)**⁶⁷ la referencia a las normas de calidad y de emisión.

Propuesta 52: Modificar artículo 35 Normas de emisión.

Precisar tipificación de infracción de normas de emisión. Mantener la letra h)⁶⁸, subsumir lo referido a medidas e instrumentos de normas de la letra c) y eliminar la referencia “cuando corresponda”.

Propuesta 53: Modificar artículo 35 RILES.

Precisar tipificación de infracción de normas de RILES. Ajustar la letra g)⁶⁹ para incluir otras hipótesis no contempladas, como por ejemplo todo lo referido a obligaciones prescritas en resoluciones de programas de monitoreo (RPM).

Propuesta 54: Modificar artículo 35 Requerimientos e instrucciones SMA.

Precisar tipificación de infracción a normas de la SMA. Ampliar la letra j)⁷⁰ al incumplimiento de las instrucciones y circulares dictadas por la SMA y subsumir con letra e)⁷¹.

Propuesta 55: Modificar artículo 35 Medidas SMA.

Precisar tipificación de infracción a medidas de la SMA. Incorporar a la letra l) las medidas urgentes y transitorias dictadas de conformidad a la letra g) y h) del art. 3.

Propuesta 56: Modificar artículo 35 Evaluar infracciones al RETC.

Evaluar si es necesario mantener infracciones al RETC como un literal aparte, si puede subsumirse con la letra n) y tratarse como infracciones a toda otra norma de carácter ambiental de manera residual o referirse a una nueva infracción que persiga el incumplimiento de las obligaciones de reporte.

Propuesta 57: Modificar artículo 35 Fraccionamiento.

⁶⁶ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 35.- b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3º.

⁶⁷ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 35.- c) El incumplimiento de las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación, normas de calidad y emisión, cuando corresponda.

⁶⁸ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 35.- h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda.

⁶⁹ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 35.- g) El incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales.

⁷⁰ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 35.- j) El incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley.

⁷¹ Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 35.- e) El incumplimiento de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta en ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley.

Agregar como nuevo literal el fraccionamiento de proyectos o actividades, en los términos actuales del art. 11 bis de la ley 19.300, eliminando el requisito de “a sabiendas” en el mismo artículo y en el artículo 3 k) de la LOSMA.

Propuesta 58: Modificar artículo 35 Informe previo del SEA.

Eliminar el requisito de informe previo al SEA, en casos de fraccionamiento de proyectos o actividades, o elusión al SEIA en los artículos 11 bis de la ley 19.300 y en los artículos 3 i), j) y k) de la LOSMA.

Propuesta 59: Modificar artículo 3 Interpretación administrativa SMA.

Otorgar a la SMA la facultad de interpretar administrativamente sobre el cumplimiento ambiental de instrumentos de carácter ambiental en general. Lo anterior para efecto de mejorar la eficacia y eficiencia de sus funciones.

Propuesta 60: Eliminar artículo 57⁷².

Eliminar artículo 57. que indica consulta previa al tribunal ambiental para sanciones no pecuniarias. Este trámite procesal es inoficioso y esta en desuso en la jurisprudencia comparada.

2.3.3 Propuestas adicionales de la SMA

Propuesta 61: Modificación rango máximo de sanciones en artículo 38 y 39.

Aumentar el límite superior de sanción a, por ejemplo, 20.000 UTA modificando el literal a), reservado para infracciones gravísimas y asignar el límite de 10.000 UTA a infracciones graves. Esto en línea con los rangos máximos de sanción de otras entidades como los márgenes dispuestos por la Fiscalía Nacional Económica.⁷³

Propuesta 62: Notificación electrónica.

Establecer la potestad de notificar electrónicamente los actos de la SMA. La obligación de notificar por carta certificada retrasa el ejercicio de las facultades de la SMA.

Propuesta 63: Trámite de cobro de multa simplificado.

Establecer la posibilidad de cobro de sanciones vía retención de impuestos en el caso de personas jurídicas y/o a través del permiso de circulación en el caso de personas naturales.

Propuesta 64: Aumentar tiempo de prescripción.

Aumentar tiempo de prescripción en procesos que involucra afectación al medio ambiente o la salud de la población de relevancia de tres a cinco años. Los efectos ambientales de una infracción pueden tener una permanencia que se prolonga en el tiempo. Cinco años parece un plazo prudente para la prescripción.

⁷² **Ley N° 20.417 artículo segundo. “Artículo 57.-** Cuando la Superintendencia aplique las sanciones señaladas en las letras c) y d) del artículo 38, la resolución que las contenga deberá siempre ser elevada en consulta al Tribunal Ambiental.

⁷³ En el evento que la FNE ejerza una pretensión sancionatoria de multa ante dichos órganos jurisdiccionales, podrá fundar la solicitud de dicha sanción en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones, conforme se desprende de los artículos 1°, 2°, 3°, 3° bis, 4° bis, 18 N° 1, 20, 39 inciso primero y letra b), y 39 bis del DL 211.

Propuesta 65: Incorporación de figura penal en casos obstrucción y ocultamiento.

Analizar la incorporación de la figura penal en los casos de obstrucción a la fiscalización y falsear la información mediante remisión directa del delito. En especial en lo que se indica en el artículo 48 letra b) (rotura de sellos), y el 36 letra d) información falsa, adulterada, u ocultamiento.

Propuesta 66: Agregar nuevo artículo con procedimiento directo sin reclamo.

Agregar un nuevo a la LOSMA estableciendo que en el caso de infracciones de verificación simple y directa y con multas potenciales de máximo 2 UTA, que esta pueda ser cursada en base a los resultados de la fiscalización, similarmente a lo indicado en el artículo 500 del Código del Trabajo o el artículo 22 de la Ley del Tránsito, contando con un recurso de reposición simple ante la SMA y sin posibilidad de reclamo ante el tribunal ambiental. Esto para casos de muy baja entidad extendiendo propuesta 39.

Propuesta 67: Aclarar plazo para presentar nuevos antecedentes en procedimientos sancionatorios

Modificar artículo 52 de la LOSMA para establecer que, concluidas las diligencias encargadas por el fiscal instructor, y cerrada formalmente la investigación no se aceptarán documentos adicionales y así evitar dilaciones injustificadas. Esto sin perjuicio, de las diligencias adicionales que puedan ser prescritas por el SMA según lo establecido en el artículo 54 de la LOSMA.

2.3.4 Propuestas de otros actores

No se presentaron otras propuestas.

2.3.5 Comentarios Finales

El presente capítulo recoge las conclusiones de la mesa en relación a modificaciones en el ejercicio de la potestad sancionatoria y el procedimiento para ejercerla. Al respecto, corresponde destacar que todas las personas de la mesa concluyeron en la necesidad de que existan procedimientos simplificados, monitorios o sumarios para infracciones leves y para una nueva de calificación de infracciones definida como menores. Se levanta la necesidad de revisar también el estándar de motivación en esos casos para flexibilizar, el procedimiento, ya que sin esto último no se generará un efecto real.

Se indica que pareciera que el procedimiento único no es adecuado y debe diferenciarse en distintos casos. La propuesta de reforma consideraría la creación de tres procedimientos sancionatorios, uno general de lato conocimiento (para infracciones gravísimas, graves y leves calificadas); otro de carácter simplificado (sólo para

infracciones leves) y, uno denominado “de reclamo” para infracciones menores de verificación automática. En particular, se propone diferenciar las sanciones por tipo de procedimiento (general, simplificado y de reclamo), lo cual parece adecuado, pero no se presenta una propuesta concreta de los tres tipos de procedimientos.

Por otro lado, se advierte que, si dichos procedimientos no llevan consigo un correlato en el ejercicio de la potestad sancionatoria, esto es su fundamentación en clasificación, descarte de efectos negativos, y circunstancias relacionadas al artículo 40), no se logrará el objetivo buscado, esto es, eficiencia y eficacia en el ejercicio de la competencia. Sin aquellas diferencias procedimentales esta modificación no tendrá efecto alguno. Si bien se está de acuerdo con establecer un procedimiento especial para sanciones leves o menores, debe precisarse ese concepto, evitando aquellas que generan efectos negativos, de tal manera que esté determinado los tipos infraccionales que pudieran incluirse.

En particular, se considera un régimen de tarificación de multas para infracciones menores, lo que podría ayudar bastante a la gestión y régimen de sanción diferenciado según tipo de infracción. A su vez, se propone modificar las clasificaciones de gravedad, pero sin lograr consenso, sobre en todo en cuanto aquellas circunstancias que llevan consigo elementos volitivos y de reiteración o reincidencia. Por ejemplo, establecer que toda elusión sea considerada gravísima debe ser analizado con cuidado, considerando que pueden existir modificaciones de menor entidad”. No obstante, se hace presente que las infracciones gravísimas, como el resto de las clasificaciones dispone de márgenes mínimos y máximos de multas, por lo que una modificación menor, pero que responda a una elusión al SEIA, será sancionado de acuerdo a las circunstancias del caso, pudiendo ser considerada gravísima y recibir una sanción baja.

En el caso de las sanciones, la pregunta en abstracto es qué elementos se deben tener en consideración para asignarle mayor o menor gravedad a una infracción. Si bien se señala que la gravedad está dada por la conducta, el problema de base es como se prueba elementos subjetivos en el incumplimiento. Ante esta dificultad se recomienda despejar elementos volitivos de la tipificación, como actuar deliberadamente, impedir, obstaculizar o el ocultamiento de antecedentes. Esto si es que no se avanza en aumentar el poder fiscalizador de la SMA con atribuciones más intrusivas. Se indica que es extraordinariamente difícil determinar intenciones en estos casos.

Sin facultades intrusivas de investigación como acceder a correos electrónicos, facultades para allanar, estos calificativos muchas veces son inaplicables. De esta forma deben depurarse las tipificaciones asociadas a infracciones gravísimas y graves, con el fin de que infracciones leves sean todas aquellas que no se califiquen conforme a dichas gravedades y no incluya infracciones que por la clasificación actual son difíciles de imputar, teniendo situaciones que por la complejidad de la prueba se imputan a leves.

La experiencia ha demostrado que el tope máximo de 10.000 UTA para infracciones gravísimas y el de 5.000 UTA para infracciones graves, puede ser insuficiente para tener un efecto disuasivo. Se debe considerar que han existido casos como el de Bocamina I y de Minera Maricunga, en que solamente al considerar el beneficio económico obtenido por infractor se ha excedido el tope legal, por lo que el legislador debe considerar su aumento para efecto que la sanción cumpla el rol disuasivo en términos efectivos. Se propone aumentar el tope de multas a 20.000 UTA o, en su defecto establecer una regla, como que la sanción sea de 2, 3 o 4 veces el beneficio económico. Los tope máximos de multa deben definirse de acuerdo con la ganancia ilícita y la afectación ambiental.

Se precisa a su vez, que en el artículo N° 38 de la LOSMA, el piso de 1 UTA de multa es muy alto, ya que impide que esta sanción se imponga a pequeños infractores particulares. Por otra parte, se releva la necesidad de simplificar el catálogo de infracciones para eliminar redundancias de la actual regulación y se reconoce la necesidad de recoger legalmente la notificación electrónica considerando que todos los titulares deben registrarse ante la SMA. Finalmente, existe cierto consenso en eliminar el trámite de consulta al tribunal ambiental de sanciones no-pecuniarias, toda vez que aquello queda cubierto con la posibilidad de reclamar judicialmente las mismas pudiendo solicitarse suspensión de sus efectos durante el trámite.

2.3.6 Propuestas de articulado⁷⁴

Artículo 38.- Las infracciones cuyo conocimiento compete a la SMA, podrán ser objeto de las siguientes sanciones:

- a. Multa hasta diez mil unidades tributarias anuales.
- b. Clausura temporal o definitiva.
- c. Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

Las sanciones aplicables de acuerdo al procedimiento simplificado serán:

- a. Amonestación por escrito.
- b. Multa hasta mil unidades tributarias anuales.
- c. Clausura temporal o definitiva.

Las sanciones aplicables de acuerdo al “procedimiento de reclamo”, serán:

- a. Amonestación por escrito.
- b. Multa hasta 500 unidades tributarias anuales.

Artículo 39.- c) Las infracciones leves exclusivas del procedimiento simplificado, podrán ser objeto de amonestación por escrito, multa hasta mil unidades tributarias anuales o clausura temporal o definitiva.

Artículo 39.-d) Las infracciones de verificación automática podrán ser objeto de amonestación por escrito o multas hasta 500 unidades tributarias anuales.

⁷⁴ Las estimaciones de sanciones no fueron revisadas por el subgrupo ni en la mesa, por lo que deben considerarse como ejemplificativas.

2.4 Potestad Cautelar

2.4.1 Antecedentes

La tutela cautelar tiene por finalidad evitar que durante la tramitación de un procedimiento administrativo se verifiquen afectaciones o amenazas a los bienes jurídicos o derechos que se busca proteger. Buscan en un sentido amplio, prevenir o evitar la producción de estos efectos dañinos o perniciosos, disponiendo deberes u obligaciones destinadas a intervenir en las actividades productivas o en la regulación. Para estos efectos la SMA dispone de dos instrumentos fundamentalmente: las medidas urgentes y transitorias (MUT), reguladas en las letras g) y h) del artículo 3 de la LOSMA; y las medidas provisionales (MP), reguladas en el artículo 48 de la LOSMA.

Ambos instrumentos se diferencian principalmente en cuanto a sus requisitos de procedencia, plazos y vinculación con procedimientos sancionatorios. En primer lugar, los requisitos de procedencia son diferentes. Mientras que las MUT pueden ser dictadas cuando se genera un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en resoluciones de calificación ambiental (RCA), o cuando el proyecto genera efectos no previstos en la evaluación, que pueden provocar un daño inminente y grave para el medio ambiente; las MP pueden ser dictadas frente a cualquier tipo de infracción, bastando que exista un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.

En segundo lugar, las MUT no tienen asociado un plazo determinado de duración, sino que este debe ser fijado por la Superintendencia, basado en el principio de proporcionalidad. Las MP, en cambio, son esencialmente temporales, y tienen un plazo máximo de 30 días corridos. Finalmente, las MP son siempre instrumentales o accesorias a un procedimiento administrativo sancionatorio, ya sea que se decreten de manera previa a su iniciación (pre procedimentales) o durante la substanciación del mismo (procedimentales). Asimismo, al ser medidas accesorias al procedimiento administrativo, sólo pueden mantenerse vigentes durante la vigencia del mismo. Las MUT, no requieren que se inicie un procedimiento sancionatorio o que este se encuentre vigente para que la medida cumpla sus fines. Las MUT pueden decretarse ante la ausencia de un procedimiento, o bien, luego del término de éste.

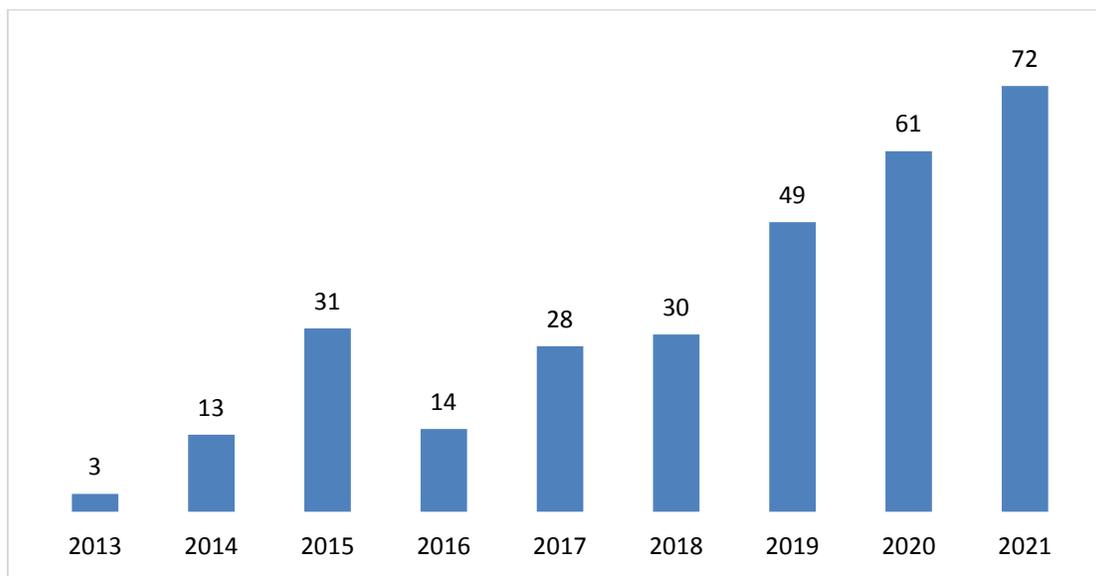
Un aspecto común entre las MUT y MP es la provisionalidad, lo anterior, dado que, al dictarse, generalmente existirá un conocimiento limitado. Frente a ello, las circunstancias pueden variar, al igual que la medida, siendo modificada en su forma e intensidad. Además, tanto las MUT como las MP son medidas cautelares que debe decretarse siempre y cuando exista: i) apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); ii) peligro en la demora (*periculum in mora*); y, iii) proporcionalidad:

(i) La apariencia de buen derecho se trata de un juicio acerca de si la situación en análisis merece o no la protección del ordenamiento jurídico, se trata de valorar la legalidad en base al conocimiento limitado existente. Al respecto, en este sentido, es relevante la información que se pueda contener en actas suscritas por ministros de fe ya que este contenido podría ser suficiente para justificar una medida cautelar.

(ii) El peligro de retardo o demora, es un aspecto fundamental de las medidas cautelares que se refiere a no retardar el resultado de la decisión final, de modo de proteger los intereses en juego. Es procedente respecto de perjuicios irreversibles o difícilmente reversibles. Es relevante que el peligro en la demora sea real y efectivo, para ello deberá corroborarse mediante la prueba que se acompañe.

(iii) La proporcionalidad es otro aspecto a considerar, lo anterior, en el sentido que las medidas ordenadas sean proporcionales al posible daño inminente de que se trate y no más gravosas que la respuesta necesaria que deba aplicarse. Asimismo, puede incluirse una ponderación de intereses, una eventual coalición de derechos. En los últimos años la SMA ha aumentado de forma significativa el número de medidas cautelares dictadas. A modo ilustrativo, durante el 2021 se dictaron 72 medidas, lo que se encuentra por sobre el promedio histórico (Figura 9).

Figura 9. Número de medidas cautelares por año (MP y MUT).



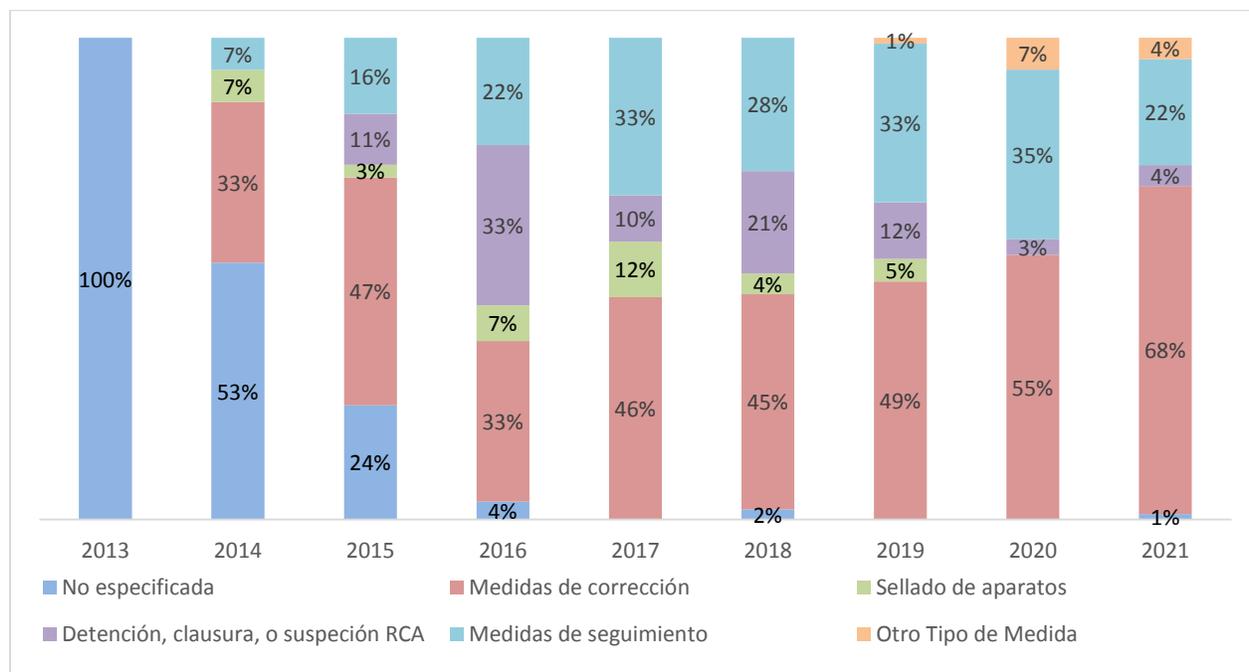
Fuente: Elaboración SMA a partir del Sistema de Fiscalía. Al 10 de enero de 2022.

Acerca de las principales acciones solicitadas que contienen las medidas cautelares, estas corresponden a medidas de corrección (70%), seguidas por programas de monitoreo (20%) (Figura 10). Por otra parte, cerca del 80% de las medidas apuntan a los sectores de equipamiento (fundamentalmente locales nocturnos), saneamiento ambiental, minería, vivienda e inmobiliaria, pesca y acuicultura, y agroindustria. Se prevé que esta tendencia al alza se mantenga debido principalmente al aumento esperado de las fiscalizaciones, lo que conlleva mayores solicitudes de dictación de medidas cautelares. Bajo este contexto, la SMA en la cautela de situaciones de riesgo ambiental se ha visto coartada con la regulación actual por las limitaciones y trabas que contempla.

En efecto, para adoptar medidas gravosas como clausura o detención se debe pasar por el control del tribunal ambiental, lo cual retrasa ciertos días la gestión de dicho riesgo. Por otro lado, las medidas provisionales pueden ser dictadas sólo por un tiempo muy acotado, siendo que en la realidad se hace necesario un término más amplio para hacer una gestión adecuada del problema. Asimismo, el artículo 48 de la LOSMA ha hecho una relación impropia al artículo 32 de la Ley N° 19.880, dado que la lógica ambiental se distancia de la cautela de los procedimientos administrativos generales. Por otro lado, las medidas urgentes y transitorias solo fueron consideradas para casos de RCA e impactos no previstos, dejando fuera todos los otros de instrumentos de carácter ambiental y casos de elusión.

Finalmente, la SMA no cuenta con potestades para actuar en casos en que no existen instrumentos que regulen a una instalación. Al respecto, la Excm. Corte Suprema en la causa rol N° 15.549-2017 indicó que para dichos casos existe la obligación de fiscalizar, al menos durante emergencias ambientales y además, dictar las recomendaciones e instrucciones que correspondan. En ese sentido, se considera necesario institucionalizar esta atribución formalmente, dado que actualmente solo existe una instrucción interna amparada en el fallo indicado. Tampoco la SMA cuenta con atribuciones para ordenar medidas correctivas al término de un sancionatorio, limitando la posibilidad de forzar correcciones que permitan volver al cumplimiento de la obligación ambiental infringida.

Figura 10. Distribución de tipo de medidas provisionales por año.



Fuente: Elaboración SMA (2022) a partir del Sistema de Fiscalía.

2.4.2 Propuesta de la Submesa

Resulta evidente a partir de la experiencia de los últimos años en el ámbito del ejercicio de la potestad cautelar, que es necesario reforzar este instrumento. Se propone fortalecer cinco elementos: i) revisión de plazos y requisitos de MP y MUT, ii) revisión de trámite de autorización del tribunal ambiental, iii) revisión de aplicación de MUT para casos diversos a RCA e impactos no previstos, iv) revisión de posibilidad de crear una potestad cautelar general y, v) revisión de la posibilidad de crear una potestad para ordenar medidas correctivas.

La propuesta concreta para esta submesa se expone a continuación:

1. Revisión de plazos y requisitos de MP y MUT:
 - Consideración de plazos de medidas.
 - Consideración de requisitos de medidas en especial las pre-procedimentales (necesidad de vincular a infracción y circunstancias del artículo 40).
 - Análisis de concepto riesgo.
2. Revisión de trámite de autorización del tribunal ambiental.
3. Revisión de aplicación de MUT para casos diversos a RCA e impactos no previstos (no existen MUT para aquellos).
4. Revisión de posibilidad de crear una potestad cautelar general no asociada a un instrumento de carácter ambiental.
5. Revisión de la posibilidad de crear una potestad para ordenar medidas correctivas (antes, durante y después del sancionatorio) para exigir volver al cumplimiento de la normativa infringida, sin requisito de prueba de riesgo ambiental. Posible plan o programa de corrección.

Dicha submesa fue integrada por Cristóbal de la Maza, Cristian Franz, Dominique Hervé y Cecilia Urbina. Se sesionó en 3 oportunidades, los días 27 de agosto y 3 y 10 de septiembre.

[Propuesta 68: Modificar literal g\)⁷⁵ del artículo 3 y ampliar MUT a otros instrumentos de carácter ambiental.](#)

Se propone ampliar el alcance de las Medidas Urgentes y Transitorias modificando el literal g) del artículo 3 de la LOSMA para aplicarlas a infracciones a todos los ICAS de competencia de la SMA para incorporar a este régimen otros instrumentos más allá de resoluciones de calificación ambiental, subsumiendo además lo establecido en el literal h) del mismo artículo para incluir la aplicación ante impactos no previstos.

[Propuesta 69: Modificar literal g\)⁷⁶ del artículo 3 agregando una potestad cautelar general.](#)

Agregar una potestad cautelar general ante situaciones de riesgo ambiental y limitar esta facultad a su aplicación ante contingencias o emergencias ambientales.

[Propuesta 70: Reemplazar literal h\) del artículo 3 detallando protocolo ante contingencias y emergencias ambientales.](#)

Se propone reemplazar el literal h) del artículo 3 de la LOSMA, por una atribución general que prescriba como actuar en contingencias y emergencias ambientales. La modificación propuesta permitiría coordinar a otros servicios, impartir instrucciones y recomendaciones para el resguardo del medio ambiente, y/o realizar mediciones, muestreos o análisis, prescribir medidas cautelares y derivar antecedentes recabados a la autoridad

⁷⁵ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 3.- g)** Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones.

⁷⁶ **Ley N° 20.417 artículo segundo. "Artículo 3.- g)** Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones.

competente luego de adoptarse la decisión. La SMA no debiera inhibirse de actuar en situaciones de riesgo grave e inminente.

Propuesta 71: Agregar nuevo literal w) al artículo 3 de la LOSMA para restablecimiento de legalidad.

Se propone agregar un nuevo literal w) al artículo 3 de la LOSMA, con atribución para prescribir medidas de restablecimiento de legalidad al término de un procedimiento sancionatorio. La modificación propuesta prescribe adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad que sean necesarias para volver al cumplimiento de la normativa infringida, cuando una vez finalizado un procedimiento administrativo sancionatorio, los incumplimientos imputados no hayan sido subsanados por el infractor.

Propuesta 72: Modificar el artículo 48 de la LOSMA para habilitar medidas provisionales antes riesgos ambientales.

Se propone modificar artículo 48 de la LOSMA sobre medidas provisionales para fortalecer la potestad cautelar cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, estableciendo que la adopción de medidas provisionales es con el objeto de evitar un riesgo grave e inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. Esto es más amplio que las situaciones de daño inminente, y permite actuar preventivamente, aunque requiere fundamentación.

Propuesta 73: Modificar el artículo 48 de la LOSMA para definir alcance de medidas proporcionales a riesgo.

Se propone modificar artículo 48 de la LOSMA sobre medidas provisionales para que el requisito que defina su alcance sea la situación de riesgo evidenciada, para lo que se debe exigir que sean proporcionales a este.

Propuesta 74: Definir plazo y renovación de medidas provisionales.

Se propone modificar artículo 48 de la LOSMA sobre medidas urgentes y transitorias y provisionales para aclarar que son esencialmente temporales y de una duración de 90 días corridos. Las medidas podrán ser renovadas mientras la situación de riesgo evidenciada permanezca vigente.

Propuesta 75: Modificar el artículo 48 de la LOSMA para definir reclamación incidental al tribunal ambiental.

Se propone modificar artículo 48 de la LOSMA sobre medidas provisionales para indicar que estas podrán ser reclamadas al Tribunal Ambiental competente en un plazo de 5 días hábiles, debiendo el órgano jurisdiccional resolver el reclamo de forma rápida, previo informe de la Superintendencia del Medio Ambiente, en un plazo máximo de 10 días hábiles. No se alcanzó consenso en esta propuesta.

2.4.3 Propuestas adicionales de la SMA

No se presentaron otras propuestas.

2.4.4 Propuestas de otros actores

No se presentaron otras propuestas.

2.4.5 Comentarios Finales

El presente capítulo recoge la discusión en relación a la potestad cautelar de la SMA, en: (i) la necesidad de potenciar las atribuciones para enfrentar situaciones de riesgo; (ii) crear una potestad para enfrentar situaciones de riesgo ambiental y tomar medidas para casos sin instrumento de carácter ambiental; (iii) extender las medidas urgentes y transitorias a todos los instrumentos y no solo dejarlas reducidas a RCA e impactos no previstos; (iv) establecer un mecanismo de reclamo judicial más rápido para impugnar las medidas; (v) eliminar referencia al artículo 32 de la Ley N° 19.880 que no se condice con la realidad de la cautela ambiental; y, (vi) reconocer la posibilidad de dictar medidas de restablecimiento de legalidad cuando no existe riesgo.

Para la SMA es de vital importancia potenciar la potestad cautelar y hacer más efectivo y eficiente su ejercicio. Al respecto, se hace énfasis en la importancia de eliminar el control judicial del Tribunal Ambiental ante clausuras y detenciones, con la posibilidad de poder hacer un reclamo rápido de esa resolución, pudiéndose pedir suspensión de efectos como cualquier reclamación. Se releva también la importancia de ampliar la aplicación de medidas urgentes y transitorias a todos los instrumentos de carácter ambiental y no solo a incumplimientos de RCA o de impactos no previstos como sucede hoy.

A su vez, se propone que medidas provisionales tengan una mayor duración, y en el caso de las medidas pre-procedimentales, no se vinculen al artículo 32 de la Ley N° 19.880, por no ser necesario y por tener distinto fin, incorporando el requisito de proporcionalidad en relación con el riesgo ambiental que enfrentan y no al resultado del procedimiento sancionatorio. El concepto de proporcionalidad dice relación con su reacción ante una situación de riesgo (intensidad), el de riesgo con la procedencia (tipo de medida asociada a la reacción).

Se indica que el plazo de 30 días puede ser muy reducido en el caso de medidas provisionales. Las medidas debieran poder ser renovadas siempre que se cumplan con los requisitos de la renovación, en este caso la condición de riesgo y flexibilizar el plazo de formulación de cargos. Para alivianar la carga de la SMA, se propone trasladar el peso de la prueba de la extinción de la medida al titular, el que debe presentar antecedentes que permitan acreditar que ya no persiste la situación de daño inminente o riesgo que justificó la medida y así impedir su renovación.

Se propone además agregar una potestad general para instruir el restablecimiento de la legalidad general, este o no asociado un riesgo ambiental. Lo anterior, por cuanto el legislador no contempló la posibilidad de que la SMA instruya y obligue a un sujeto particular a que vuelva al cumplimiento normativo al término del procedimiento sancionatorio, salvo en el caso de elusión al SEIA.

Hubo acuerdo en la mesa en avanzar a una regulación de medidas cautelares ante riesgo y no sólo en situaciones de daño ambiental inminente, aunque hubo diferencias en el estándar de riesgo (abstracto vs. concreto) y los elementos de juicio suficientes para su prueba. Cabe destacar que la redacción de la propuesta en algunos artículos puede ser imprecisa ya que las palabras “riesgo” e “inminente” pueden ser redundantes. La Corte Suprema ha entendido que el concepto de daño inminente es equivalente a riesgo ambiental y de la salud de las personas, con la inminencia indicando el peligro de la demora y daño indicando la severidad de la consecuencia. Se indica que debiera evitarse utilizar otros conceptos como el de impacto significativo, que tiene mayor aplicación en el SEIA.

Con respecto al marco de acción de la SMA en caso de contingencias y emergencias ambientales la discusión radica en si la SMA debe o no ordenar medidas cuando no existan elementos de juicio de la presencia de una infracción de su competencia. No se alcanzó consenso en esta materia ya que puede hacer perder el foco de la SMA que está limitada a la regulación ambiental vigente. A su vez, el formalizar el protocolo vigente de la SMA ante contingencias y emergencias puede significar una carga administrativa relevante. Esto reconociendo que la sentencia de la Corte Suprema causa Rol 37179-2015 ya prescribe el marco de acción en estos esos casos.

2.4.6 Propuestas de articulado

Artículo3.-g) Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente y/o la salud de las personas, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades por parte de sujetos sometidos a su fiscalización, genere un riesgo de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, a consecuencia de incumplimiento de obligaciones establecidas en instrumentos de carácter ambiental de competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, de impactos no previstos en la evaluación ambiental cuando corresponda, o de las contingencias o emergencias ambientales que se presenten.

Artículo3.-h) Impartir instrucciones y recomendaciones para el resguardo del medio ambiente, y/o realizar mediciones, muestreos o análisis, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades por parte de sujetos no sometidos a su fiscalización, genere un riesgo grave e inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, debiendo derivarse los antecedentes recabados a la autoridad competente luego de adoptarse la decisión.

Artículo3.-w) Adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad que sean necesarias para volver al cumplimiento de la normativa infringida, cuando una vez finalizado un procedimiento administrativo sancionatorio, los incumplimientos imputados dicha situación de incumplimiento no haya sido subsanada por el infractor.

Artículo 48.- Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar un riesgo de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundamentadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales:

- a)** Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño.
- b)** Sellado de aparatos o equipos.
- c)** Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones.
- d)** Detención del funcionamiento de las instalaciones.
- e)** Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental.
- f)** Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor.

Las medidas señaladas en el inciso anterior podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento sancionatorio y deberán ser proporcionales a la situación de riesgo evidenciada. Estas

medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento sancionatorio, el que deberá efectuarse transcurrido el plazo ordenado en su adopción. En todo caso, las medidas indicadas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación de este no contenga un pronunciamiento expreso sobre las mismas.

Las medidas contempladas en este artículo serán esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos. Estas medidas podrán ser renovadas por resolución fundada cumpliendo con los requisitos que establece este artículo, mientras la situación de riesgo evidenciada permanezca vigente. Las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) podrán ser reclamadas al Tribunal ambiental competente en un plazo de 5 días hábiles, debiendo el órgano jurisdiccional resolver el reclamo de forma incidental, y previo informe de la Superintendencia del Medio Ambiente, en un plazo máximo de 10 días hábiles desde recibido este último informe. Esto mismo aplicará para la suspensión señalada en la letra g) del artículo 3 de la presente ley.

2.5 Incentivos al Cumplimiento

2.5.1 Antecedentes

Los mecanismos de incentivo al cumplimiento son uno de los ejes principales de la reforma a la institucionalidad ambiental, de la que emanó la LOSMA. En la Historia de la Ley se determinó, sobre la base de las recomendaciones de la OCDE, que eran necesarios mecanismos que llevaran a los sujetos infractores a una situación de cumplimiento normativa, toda vez que, en materias ambientales, el foco debería estar en aquel objetivo, dado que con ello se enfrenta el problema ambiental derechamente. Al respecto, la LOSMA considera los siguientes incentivos al cumplimiento: (i) autodenuncia; (ii) programa de cumplimiento; (iii) planes de reparación; y (iv) conformidad ambiental.

Al utilizar dichos incentivos se han identificado espacios de mejora a través de modificaciones legales. Por un lado, se hace necesario revisar los requisitos de aprobación, impedimentos y el procedimiento de tramitación de los programas de cumplimiento. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que tanto la autodenuncia como el plan de reparación no son instrumentos mayormente utilizados, debido a las complejidades de su tramitación.

Programa de Cumplimiento

El programa de cumplimiento (PdC) como herramienta de incentivo al cumplimiento ha funcionado de buena manera y ha sido una vía incentivada por la SMA, porque finalmente es la que permite enfrentar directamente el problema ambiental. La LOSMA y el reglamento respectivo (D.S. 30/2012/MMA) definen programa de cumplimiento como el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. Además, el reglamento regula su contenido (art. 7) y establece los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad como requisitos para su aprobación (art. 9).

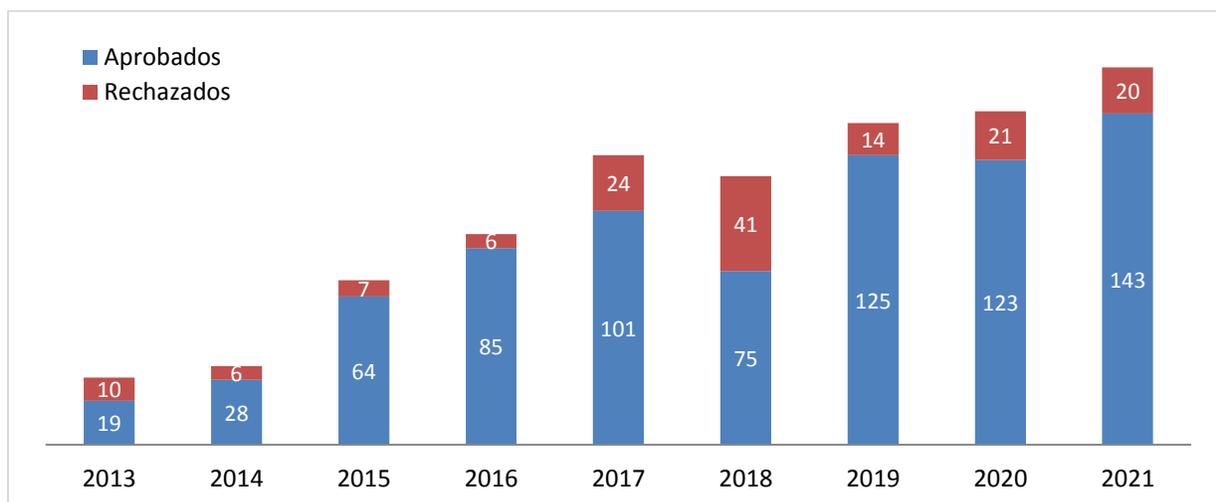
Adicionalmente, el reglamento indica que en ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios. Cabe señalar que aproximadamente el 60% de los procesos sancionatorios iniciados ha contado con la presentación y aprobación de uno de estos programas. Aprobado un PdC, se suspende el plazo para presentar descargos y el procedimiento sancionatorio queda pendiente condicionado a su ejecución satisfactoria.

En base a lo regulado en el art. 42 de la LOSMA, se declara el incumplimiento del PdC se reanuda el procedimiento sancionatorio, el titular puede presentar descargos y la SMA puede aplicar una multa de hasta el doble de lo que corresponda a la infracción original, dentro de los límites señalados en el artículo 38 letra b) de la LOSMA. En la práctica, la SMA considera el grado de ejecución del PdC para aplicar el factor de incremento en las sanciones. Debe precisarse que es el art. 40 letra g), el que ordena determinar el nivel de cumplimiento del PdC, como factor de modulación de la sanción. En este sentido, de acuerdo con las bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales de la SMA, para calcular la multa correspondiente se consideran dos factores: (i) la multa original correspondiente a la infracción y (ii) el nivel de cumplimiento de las acciones del PdC.

Las mejoras legales asociadas a esta herramienta dicen relación con el plazo de presentación, con las exigencias que han puesto los Tribunales Ambientales para su presentación, en especial el descarte de efectos negativos (caso Codelco Ventanas y Caso Minera La Florida. El plazo de 10 días hábiles (ampliable a 15 días hábiles a solicitud del titular, según el artículo 26 de la ley 19.880) para presentar una propuesta robusta con los estudios que la

respalden es difícil de cumplir, lo que exige corregir deficiencias mediante rondas de observaciones. La posibilidad de realizar observaciones al PdC es una facultad discrecional de la SMA, no regulada por la LOSMA ni en el reglamento. En la práctica, se realizan una a dos rondas de observaciones antes de la resolución que aprueba o rechaza un PdC. En algunos casos se han llegado a realizar más rondas de observaciones.

Figura 11. Aprobación o rechazo programas de cumplimiento.



Fuente: Elaboración a partir de sistemas de SMA. Al 10 de enero de 2022.

Respecto al plazo máximo de tramitación, se ha indicado por el 1TA (R-239-2020) que la excesiva dilación en el pronunciamiento de la SMA sobre la ejecución de un PdC (en algunos casos mayor a 3 años), genera la imposibilidad material para continuar el procedimiento. A su vez, el 2TA ha indicado que, ya que la obligación de hacerse cargo de los efectos de la infracción debe ser cumplida por el regulado en 10 días, y malamente puede entenderse que se trata de un análisis profundo (2TA, R-160-2018). Sin embargo, si se amplía el plazo legal se permitiría presentar una mejor propuesta, lo que redundaría en menores observaciones y una aprobación más expedita.

Otro tema a corregir son los impedimentos a su presentación que prescribe el artículo 42 de la LOSMA. Esa disposición en relación con el artículo 6 del Reglamento establece 3 impedimentos para presentar un PdC, correspondientes a que los infractores (i) se hayan acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental; (ii) hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la SMA por infracciones graves o gravísimas o; (iii) hubiesen presentado, con anterioridad, un PdC, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. De acuerdo con esta normativa, para la aplicación de los impedimentos debe considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 37 de la LOSMA (3 años).

Adicionalmente, la SMA ha entendido que existe impedimento a presentar un PdC cuando una infracción pudo haber generado daño ambiental. En la guía para la presentación de PdC por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, publicada en el año 2018 por la SMA, se establece expresamente que su presentación no es procedente en caso de infracciones que hayan causado daño ambiental, sea éste susceptible o no de reparación,

por existir en la misma LOSMA o en la Ley N° 19.300, otros mecanismos jurídicos aplicables a infracciones que hayan ocasionado daño ambiental. Asimismo, en al menos dos procedimientos administrativos sancionatorios, la SMA ha admitido la desagregación del procedimiento, admitiendo la presentación de PdC respecto de aquellas infracciones no calificadas con daño ambiental y, la tramitación del procedimiento sancionatorio respecto de aquellas infracciones calificadas con daño ambiental (procedimiento sancionatorio Rol F-009-2018 y en el procedimiento Rol D-018-2019).

Pese a que el artículo 42 de la LOSMA no contempla las infracciones que han generado daño ambiental como impedimento para presentar PdC, la SMA ha interpretado que este impedimento existe derivado de la interpretación armónica de los distintos instrumentos de incentivo al cumplimiento. A este respecto, el 1TA se ha pronunciado en diferentes sentidos, indicando por una parte que la guía referida no puede establecer más impedimentos que los establecidas por la ley (R-25-2019, Reclamación PdC Collahuasi) y por otra parte, que sí es posible separar infracciones con daño ambiental de aquellas que no la generan, y someterlas a distintas vías de revisión y corrección (R-41-2021, Reclamación PdC Caserones).

En este sentido, requiere dar mayor claridad a la regla que siempre se puede presentar programa por infracciones leves y que el impedimento referido a que no pueden presentar programas de cumplimientos aquellos que han usado la herramienta anteriormente, solo procede cuando dicho programa fue aprobado. Asimismo, se recomienda darle una aplicación práctica el impedimento asociado a programas de gradualidad en el cumplimiento, estableciendo que estos incluyen compromisos de corrección temprana adquiridos por el titular con la SMA durante la fiscalización, en la medida que este instrumento de corrección temprana se recoja en la Ley.

Por otra parte, se discutió la posibilidad de dejar en la norma los criterios de aprobación, en especial el de integralidad, y aclarando que la posibilidad de desagregar cargos solo cabe para casos excepcionales por ejemplo, en el caso de infracciones con daño ambiental, y no a la mera voluntad del infractor, sobre la base de que este incentivo es además un beneficio. Se ha debatido extensamente sobre la posibilidad de desagregar los cargos formulados, incluyendo en el PdC solo aquellas infracciones en que no existen causales de improcedencia y, continuando el procedimiento sancionatorio con descargos respecto de aquellos cargos en que concurre una de estas causales. Al respecto, la SMA ha adoptado esta decisión cuando uno o más de los cargos se encuentra con impedimento para la presentación de un PdC y cuando uno o más de los cargos ha sido calificado como grave por generar daño ambiental. Este punto fue altamente debatido y no logró consenso por los incentivos que podría conllevar desagregar cargos.

Por último, se debe aclarar si la aprobación o rechazo de un PdC es un acto reclamable. El artículo 15⁷⁷ de la Ley 19.880 indica que los actos de mero trámite son impugnables cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. La resolución que aprueba o rechaza un PdC constituye un acto trámite, existiendo discusión sobre si configura las hipótesis de impugnabilidad. En este sentido, los tribunales ambientales se han pronunciado a favor de la impugnabilidad de la resolución señalando que se pronuncia sobre el fondo del

⁷⁷ **Ley N° 19.880. "Artículo 15.-** Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnado por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

asunto planteado y podría llegar a producir indefensión a los reclamantes (2TA R-82-2015, R-25-2019 y R-17-2019) mientras que la Corte Suprema ha resuelto en contra, indicando que ésta no resuelve el fondo de la controversia (Rol 117.379-2020, Reclamación PdC Codelco Ventanas).

Autodenuncia

La autodenuncia por su compleja regulación ha sido poco utilizada a la fecha. Este incentivo se regula en el artículo 41 LOSMA y en los artículos 13 a 15 del D.S. N°30/2012 del MMA. Se establece que este mecanismo no procede cuando la SMA hubiese iniciado la etapa de investigación respecto de los mismos hechos, sin definir o indicar cuándo se deberá entender que se ha iniciado dicha etapa. Por otra parte, los beneficios de la autodenuncia (exención de la multa por primera vez, o reducción del monto de la multa en un 75% y 50%, por segunda y tercera vez, respectivamente) sólo proceden cuando se haya presentado y ejecutado íntegramente un programa de cumplimiento. No obstante, la guía para la presentación de autodenuncias de la SMA indica que los impedimentos para presentar un PdC no son aplicables en caso de haber mediado una autodenuncia, criterio que ha sido aplicado en algunos procedimientos sancionatorios (A-001-2017 y D-033-2017), no estando esto claro en la ley.

La SMA ha recibido 49 de estas presentaciones de las cuales se han aceptado 23. De este total, 50% han dado inicio a un procedimiento sancionatorio. La problemática principal es que su presentación, en primer lugar, lleva a la SMA a intensificar esfuerzos porque debe tramitar la autodenuncia, determinar los requisitos legales exigidos, siendo el más complejo de abordar la exigencia de la LOSMA que se acredite que se puso término a la infracción y sus efectos formular cargos, tramitar un programa de cumplimiento y finalmente elaborar un dictamen con el cálculo de la sanción que hubiera correspondido en el caso de no existir este mecanismo. Esto porque la ley exige calcular la multa a todo evento. La propuesta es rediseñar esta figura con un procedimiento de tramitación especial que le dé más celeridad, porque solo ello incentivará su presentación, aclarando que cada vez que se presente procede el programa de cumplimiento. En ese sentido, podría incluirse un examen de admisibilidad previo y la propuesta de programa de cumplimiento inmediatamente posterior.

Plan de reparación

Este incentivo al cumplimiento ha mostrado bastante rigidez en su tramitación de acuerdo a la normativa vigente. En efecto, solo se puede usar una vez que exista una resolución sancionatoria que acredite daño ambiental. En este sentido, el titular, mientras no se ejerza la demanda de reparación del medio ambiente dañado por el Consejo de Defensa del Estado (CDE), podrá presentar a la SMA un plan de reparación, el cual pasa por un examen de admisibilidad y luego es enviado al SEA quien entrega una opinión vinculante. Finalmente, la SMA puede solicitar más antecedentes, decidir si requiere ser o no complementado o aprobarlo directamente.

Por sus deficiencias regulatorias la herramienta ha sido escasamente utilizada. Como es un procedimiento complejo, los titulares han optado por llegar a acuerdo con el CDE en sede judicial como alternativa a presentar este plan. En específico se han presentado solo dos planes de reparación, el correspondiente al caso de Minera Cardenilla, presentado de manera voluntaria y el de Minera Monte Carmelo, ordenado por el Segundo Tribunal de Santiago donde se le exigió presentar plan ante la SMA.

Sobre la base de ello, los problemas principales en su aplicación han sido: (i) las dificultades de coordinar la voluntad del titular, la acción del Consejo de Defensa del Estado y la participación de la SMA; (ii) la oportunidad de la reparación que exige la tramitación completa del sancionatorio antes de proceder a la reparación, pudiendo enfrentarse aquella situación antes si la norma lo permitiera; (iii) la problemática intervención del SEA que opera

con una lógica preventiva, no restaurativa, lo que ha complicado la emisión de su pronunciamiento; y, (iv) la relación con las acciones de otros sujetos, toda vez que la aprobación del plan limita la acción del Consejo de Defensa del Estado, pero no la de otros interesados.

Conformidad ambiental

El artículo 3ro, letra u) de la LOSMA establece que entre las funciones y atribuciones de la SMA está el proporcionar asistencia a sus regulados para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2º de la misma ley. En esta línea, y considerando que un sistema de cumplimiento ambiental moderno debe complementar la fiscalización que tiene un carácter reactivo, con mecanismos de conformidad que no sean de tipo represivo únicamente, se debe potenciar la colaboración como principio rector.

El artículo 3 letra p) de la LOSMA establece que la SMA debe administrar un mecanismo de evaluación y certificación de conformidad ambiental respecto de la normativa ambiental y del cumplimiento de las obligaciones contenidas en autorizaciones de funcionamiento. Para esto debe administrar un sistema de acreditación de personas aptas para realizar estas labores. Si bien, este mecanismo aparece como atractivo para asegurar el cumplimiento normativo, su instalación ha sido tardía y a la fecha solo existe una entidad (ETCA) autorizada que corresponde a la encargada de verificar la conformidad de la norma de emisión para fundiciones de cobre (DS28/2012/MMA).

Antes de proponer modificar la legislación vigente se recomienda avanzar por la vía reglamentaria para flexibilizar este sistema. El sector regulado debe integrar la acción preventiva como herramienta para cumplir con sus obligaciones y trabajar colaborativamente con la autoridad. Para potenciar este sistema, se debe tener a la vista los elementos basales de un mecanismo de conformidad. Estos consideran la reportabilidad de variables operacionales y ambientales que permitan detectar desviaciones, la implementación de sistemas internos de control de riesgos de incumplimiento de obligaciones ambientales y la corrección temprana mediante acciones oportunas. Se incluyeron propuestas en esta línea en la submesa sobre fiscalización y seguimiento ambiental.

2.5.2 Propuestas de la Submesa

Los mecanismos de incentivo al cumplimiento corresponden a la principal herramienta con que cuenta la SMA para cumplir su objetivo. Al respecto, se requiere potenciar la (i) autodenuncia; (ii) programas de cumplimiento; (iii) planes de reparación; y (iv) mecanismos conformidad ambiental, en cuanto a los requisitos para su aprobación, y su tramitación. En base a estas temáticas es que la submesa, integrada por los académicos Ricardo Irrarrázabal, Ximena Insunza, Dominique Hervé, y Cecilia Urbina bajo la moderación de Eduardo Méndez, desarrolló sus propuestas. Se sesionó en 3 oportunidades, los días 27 de agosto y 3 y 10 de septiembre. La presentación de los resultados de la submesa se realizó el día viernes 24 de septiembre.

La propuesta concreta para esta submesa se expone a continuación:

Programa de cumplimiento:

1. Revisión de impedimentos.
2. Revisión de plazos de presentación de programa.

3. Revisión del procedimiento de aprobación o rechazo.
 4. Ejecución satisfactoria y plazos asociados. Revisar posibilidades de mejora.
 5. Revisión de requisitos de aprobación.
 6. Rol de interesados (ciudadanos) y mecanismos de negociación.
 7. Posibilidad de elegir cargos para presentar un programa de cumplimiento.
- Planes de reparación:**
8. Revisión de procedimiento de tramitación.
 9. Revisión de oportunidad de presentación (ver opción de presentarlos en otras etapas que no estén necesariamente asociadas a una situación post sanción).
 10. Revisar la posibilidad de un plazo expreso que hoy no existe.
 11. Revisión de relación de plan de reparación con programa de cumplimiento.
 12. Revisión del rol del SEA en la aprobación o rechazo.
 13. Revisión de la voluntariedad de su presentación para efectos del procedimiento de reparación judicial.
 14. Rol de interesados (ciudadanos) y mecanismos de negociación.
 15. Posibilidad de impedir las acciones de otros sujetos distintos del Consejo de Defensa del Estado (CDE), cuando se presente un plan de reparación.
 16. Relación con acciones civiles.
 17. Reforzar que la suspensión de la acción de reparación se verifica desde la presentación del plan.
 18. N° Materia general Materias específicas a revisar/comentarios.
- Autodenuncia:**
19. Revisión de requisitos para su presentación.
 20. Revisión de procedimiento de tramitación (actual procedimiento exige doble de trabajo de la SMA y no es un real incentivo para regulados).
 21. Revisión de relación de autodenuncias con impedimentos para presentar programa de cumplimiento.
- Conformidad ambiental:**
22. Asistencia al cumplimiento previa al procedimiento, programas de evaluación y mecanismo de conformidad ambiental y posibilidad de promover acciones más allá del cumplimiento normativo.

[Propuesta 76: Aclarar impedimento en artículo 42 de presentar un nuevo programa de cumplimiento desde aprobación de uno previo.](#)

Es hace necesario especificar normativamente que el plazo de 3 años para usar nuevamente el instrumento deberá considerarse desde la resolución que aprueba el programa de cumplimiento o bien desde la resolución sancionatoria, según sea el caso.

[Propuesta 77: Aclarar impedimento en artículo 42 de presentar nuevo programa de cumplimiento dentro de 3 años aplica a cada Unidad Fiscalizable.](#)

Se debe aclarar que los impedimentos que aplican a la presentación de un nuevo PdC dentro de 3 años, corresponden a infracciones previas que se verifiquen en la misma faena, establecimiento o instalación, sujeta a uno o más instrumentos de carácter ambiental.

Propuesta 78: Morigerar en artículo 42 criterios para presentar programa de cumplimiento ante infracciones previas.

Morigerar condiciones para la presentación posterior de un programa de cumplimiento al haber sido sancionado por infracciones graves o gravísimas anteriormente.

Propuesta 79: Eliminar improcedencia de aprobación de programa de cumplimiento ante daño ambiental.

Regular expresamente la procedencia del PdC respecto de todo tipo de infracciones, indicando al infractor que deberá incorporar medidas de contención del daño causado, anticipando las medidas a proponer en el plan de reparación posterior ante infracciones en que concurre la causal de daño ambiental o afectación grave de la salud de la población. Puede ser necesario elevar el estándar probatorio de la formulación de cargos para estas calificaciones de gravedad. No hubo consenso sobre esta propuesta.

Propuesta 80: Corregir mención del programa de gradualidad en artículo 42.

Corregir mención del programa de gradualidad para darle un sentido práctico. Se propone asociar los programas de gradualidad a acciones ejecutadas posteriormente a una fiscalización como corrección temprana o al aplicar vías alternativas a la sanción como la corrección pre-procedimental u otro instrumento regulado en otras leyes (ejemplo planes de cumplimiento según la ley de producción limpia o en el caso de gradualidad incorporada en las normas de emisión). Con esto se generaría un impedimento a presentar un PdC en estos casos, evitando acciones dilatorias.

Propuesta 81: Establecer requisitos de aprobación de programa de cumplimiento en artículo 42.

Consagración legal de los requisitos de eficacia, integridad y verificabilidad para la aprobación del PdC. La Superintendencia para aprobar un PdC deberá atenerse a los criterios de a) integridad: las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos; b) eficacia: las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción; y c) verificabilidad: las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento. Se debe indicar que el reglamento regulará los requisitos de contenido del programa de cumplimiento. Indicar que en ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios.

Propuesta 82: Establecer requisitos de aprobación de programa de cumplimiento con criterio de integralidad amplio.

Se permite a la SMA desagregar el procedimiento respecto de las infracciones que presentan o no impedimento. Cuando exista impedimento para alguna de las infracciones contenidas en la formulación de cargos, la Superintendencia dispondrá la desacumulación de las infracciones respecto de las cuales se presenta el

impedimento. Respecto a errores de los cargos se podría evaluar un recurso especial. En esta propuesta hubo gran disenso tanto en la submesa como en la mesa ampliada.

Propuesta 83: Incorporar medidas adicionales a exigidas por ley para volver a cumplimiento.

Incorporar en la definición legal que el plan de acciones y metas del PdC debe hacerse cargo de los efectos ambientales de las infracciones si los hubiese e incluir criterios de aprobación adicionales que vayan más allá del cumplimiento de la normativa, que permitan evitar que a futuro existan incumplimientos o con lógicas sustitutivas o compensatorias desde el punto de vista ambiental. Se propone incorporar como requisito de aprobación los criterios de a) aseguramiento: los programas de cumplimiento contendrán acciones y metas que permitan garantizar que el infractor no incurrirá nuevamente en la infracción imputada; y b) adicionalidad: los programas de cumplimiento contendrán acciones y metas que generen efectos positivos adicionales en el medio ambiente.

Propuesta 84: Procedimiento abreviado por incumplimiento en ejecución de programa de cumplimiento.

Cambiar el efecto por incumplimiento en ejecución de PdC, reactivando el procedimiento mediante un procedimiento abreviado, pasando derechamente al dictamen y la resolución sancionatoria. No hubo consenso sobre esta propuesta.

Propuesta 85: Aumentar plazo de presentación de programa de cumplimiento en art. 42.

Aumentar el plazo de presentación de un programa de cumplimiento de 10 días hábiles a 30 días hábiles, ampliable conforme a las reglas generales, indicando que iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar un PdC, en el plazo de 30 días contado desde la notificación de la resolución que formula cargos.

Propuesta 86: Suspensión del procedimiento sancionatorio ante programa de cumplimiento en art. 42.

Indicar expresamente que se suspende el plazo para presentar descargos hasta la que se concrete la decisión de aprobación o rechazo del PdC. A su vez, aclarar que aprobado un programa de cumplimiento por la Superintendencia, el procedimiento sancionatorio se suspenderá condicionalmente sujeto a su ejecución satisfactoria. Con todo, la presentación del programa de cumplimiento y su duración interrumpirán el plazo de prescripción señalado en el artículo 37⁷⁸ de la LOSMA.

Propuesta 87: Criterio para considerar acciones realizadas en programa de cumplimiento ante multas por su ejecución insatisfactoria.

Mantener el criterio que en caso de incumplirse las exigencias contraídas en el programa de cumplimiento, se reiniciará el procedimiento sancionatorio, en el estado en que se encuentre. En dicho evento, se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38 de la Ley, pero indicar expresamente que la determinación de la sanción se considerará el grado de

⁷⁸ Ley N° 20.417. artículo segundo. "Artículo 37.- Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas.

cumplimiento del programa, de acuerdo a lo indicado en la letra g) del artículo 40 de la Ley. Cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido.

Propuesta 88: Plazo máximo de tramitación de programa de cumplimiento.

Establecer un plazo máximo de tramitación, incluyendo un plazo para la SMA para emitir observaciones. Si la Superintendencia constata la existencia de errores, omisiones o inexactitudes en el programa presentado, podrá solicitar las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que estime necesarias, otorgando un plazo para tal efecto al interesado. Se sugiere que esta solicitud pueda efectuarse hasta por dos veces durante el procedimiento.

Propuesta 89: Suspensión del procedimiento sancionatorio.

Indicar expresamente la facultad de la SMA de suspender el procedimiento por causas calificadas como la obtención de informes técnicos de alta complejidad (e.g. estudios epidemiológicos para determinar riesgo a la salud de la población; análisis que se pueden obtener sólo en determinadas épocas; etc.). Esto puede realizarse sin necesidad de una reforma legal.

Propuesta 90: Reclamación de programa de cumplimiento.

Consagrar expresamente la reclamación de la resolución que aprueba o rechaza el PdC ante el tribunal ambiental competente, dentro de un plazo de 30 días. Esto requiere modificar también otros cuerpos legales.

Propuesta 91: Modificar oportunidad de presentación de plan de reparación.

Modificar oportunidad de presentación de plan de reparación y proponer que sea ante la formulación de cargos, dando como incentivo el suspender la acción civil por daño ambiental y eventualmente incluir como beneficio la disminución de sanción en relación al costo del PdR. Para esto se debe, eliminar la referencia a que la oportunidad de presentar en PdR es posterior a la notificación de las sanciones administrativas que se impongan en el artículo 43. En el caso que el infractor haya presentado programa de cumplimiento, deberá presentar un plan de reparación una vez que se apruebe el PdC, el que incluirá medidas de contención del daño y señalará el plazo para la presentación del PdR. La Superintendencia podrá otorgar un plazo adicional considerando la complejidad del asunto. En oposición a lo anterior también se discutió la posibilidad de presentar el PdC y el PdR en conjunto, bajo ciertas hipótesis donde esto sea conveniente.

Propuesta 92: Eliminar informe SEA del plan de reparación.

Se propone que corresponderá a la SMA aprobar el plan de reparación, sin consulta al Servicio de Evaluación Ambiental. Asimismo, corresponderá a la Superintendencia la fiscalización del cumplimiento del plan aprobado. El reglamento definirá los requisitos de contenido del plan de reparación y su procedimiento de aprobación.

Propuesta 93: Acción por daño ambiental del plan de reparación.

Aclarar que el incentivo de suspender el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se inicia desde la presentación del PdR y no desde su aprobación por parte de la Superintendencia. Mantener que dicha suspensión continua durante el plazo de ejecución del mismo. A su vez, mantener que si se confirma la ejecución satisfactoria del plan de reparación se extinguirá la acción de reparación del daño ambiental a que se refiere el artículo 53⁷⁹ de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Propuesta 94: Acción por daño ambiental por parte del Consejo de Defensa del Estado.

Establecer que si existiere daño ambiental y el infractor no presentare un plan de reparación dentro del plazo fijado por la Superintendencia, el CDE deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental competente. A su vez, establecer la obligación por parte de la SMA que si transcurre el plazo respectivo sin que se presente la propuesta de plan de reparación, se deberá enviar al CDE copia de todos los antecedentes que se encuentren en poder de la Superintendencia y que dan cuenta del daño ambiental causado por el infractor, para efectos de ejercer la acción por daño ambiental.

Propuesta 95: Consulta pública de plan de reparación.

Si la presentación del PdR cumple con los contenidos mínimos indicados en el reglamento, o bien, subsanadas en forma oportuna por el proponente las faltas de que adoleció, la Superintendencia deberá obligatoriamente ordenar un período de consulta pública, para lo cual se procederá de conformidad a lo señalado en el artículo 39 de la Ley N° 19.880, debiendo acreditarse el interés de acuerdo al artículo 21 de la misma ley.

Propuesta 96: Autodenuncia simple y sin limitaciones.

Eliminar las limitaciones a las oportunidades de autodenuncia, convirtiéndola en una oportunidad disponible siempre para el infractor. El *quantum* de la rebaja en la multa queda en manos de la SMA dependiendo de parámetros objetivables en el reglamento, el que debe ser considerable y atractivo como incentivo. En caso de que un infractor ya hubiese concurrido a autodenunciarse por infracciones graves o gravísimas, la rebaja de la multa deberá ser cada vez menor. En el caso de infracciones leves se exime de sanción.

Propuesta 97: Desvincular la autodenuncia del programa de cumplimiento.

Indicar expresamente que no se aplican los impedimentos del PdC a la autodenuncia, aunque sí rigen los requisitos de contenido y aprobación. Más aún, igualar el beneficio ante la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento derivado de una autodenuncia al del procedimiento regular, esto es el término final del procedimiento sin sanción al infractor.

⁷⁹ Ley N° 19.300. "Artículo 53.- Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Propuesta 98: Medidas de corrección ante de autodenuncia.

Se propone que la Superintendencia admita autodenuncias, siempre y cuando se ejecuten las medidas correctivas que dicho servicio imponga, las que deberán contemplar resolver los efectos que la acción u omisión hayan provocado, adoptando todas las medidas necesarias para reducir o eliminar estos efectos negativos.

Propuesta 99: Antecedentes necesarios y plazos para presentar autodenuncia.

Se propone que la autodenuncia debe realizarse ante la SMA en cuanto se tenga conocimiento de la infracción, describiendo las acciones y omisiones de la manera más completa posible. Se propone poner como límite, que, sin perjuicio de lo anterior, en caso de que la Superintendencia hubiese terminado el informe de fiscalización con los antecedentes de la investigación respecto de los mismos hechos, la autodenuncia no producirá ningún efecto.

Propuesta 100: Conformidad ambiental como instrumentos de incentivo al cumplimiento.

Se sugiere incluir el mecanismo de conformidad ambiental o programas de promoción al cumplimiento explícitamente como un instrumento de incentivo al cumplimiento en la LOSMA, modificando el artículo 27 de la LOSMA. En el caso de iniciarse un proceso sancionatorio, el ejercicio de acciones voluntarias para reducir riesgos de incumplimientos normativos pueda ser considerado como un atenuante frente a una posible multa.

2.5.3 Propuestas adicionales de la SMA

No se presentaron otras propuestas.

2.5.4 Propuestas de otros actores

No se presentaron otras propuestas.

2.5.5 Comentarios Finales

El PdC ha sido el instrumento de incentivo más aplicado por la SMA y más utilizado por los titulares. Entre las razones de ello está el poderoso incentivo: la no sanción, y las interpretaciones y prácticas que ha dado la SMA a los requisitos legales o reglamentarios en los casos concretos. Se debe buscar una política equilibrada entre los incentivos al cumplimiento y el ejercicio de la potestad sancionadora, que no debilite una a costa de la otra.

Para lograr ese equilibrio se requieren datos respecto a N° de PdC aprobados y ejecutados satisfactoriamente; al tiempo que media entre la aprobación del PdC y la resolución final que lo da por cumplido; la trazabilidad de las infracciones sujetas a PdC, entre otras. Es decir, se requiere levantar información sobre el nivel de cumplimiento futuro post ejecución satisfactoria, para identificar el éxito del instrumento en términos efectivos. Datos que por las propias características de esta iniciativa no se tuvieron a la vista al momento de elaborar el presente informe.

La política sancionadora exitosa es aquella que logra armónicamente aplicar la sanción disuasiva, los instrumentos de incentivos en términos proporcionales y la fiscalización efectiva. En los términos actuales el PdC se ha transformado el principal instrumento sancionatorio, sin contrapeso, existiendo demoras en su aplicación, lo que ha generado desconfianza en la autoridad, en la justicia ambiental, y también aprovechamiento de los titulares. Los cambios entonces al instrumento deben ser abordado íntegramente, de manera de lograr los límites e incentivos correctos y las atribuciones precisas a la Autoridad.

Hubo cierto consenso en morigerar los impedimentos a la presentación de programas de cumplimiento (PdC), los que efectivamente deben ser revisados. Si se quiere mantener el criterio respecto de improcedencia de PdC ante ciertas infracciones es necesario establecerlo expresamente como impedimento. Sin embargo, un integrante de la mesa sugiere que ello requiere elevar el estándar probatorio de la formulación de cargos. La formulación de cargos no puede ser un prejuizamiento que inhiba de presentar el principal instrumento de incentivo al cumplimiento.

Se plantea dejar solamente como impedimento el que no pueda presentarse un nuevo PdC en un plazo de tres años desde la aprobación uno previo, aunque no hubo consenso con respecto a ello. Precisamente lo que genera mayores diferencias es si es conveniente mantener el impedimento en situaciones de infracciones graves o gravísimas y/o con daño ambiental. Uno de los integrantes de la mesa fue enfático en indicar que precisamente ante la hipótesis de daño ambiental es donde tiene mayor importancia desplegar acciones y corregirlo con la oportunidad necesaria. El PdC en estas hipótesis es tributario de la inmediatez que requiere en la corrección de los daños ambientales considerando que "un recurso dañado es un recurso dañador".

Se obtuvo cierto acuerdo en que el daño ambiental como impedimento para presentar un PdC podría eliminarse en la medida que el PdC incorpore más exigencias que volver al cumplimiento e incluso que puede ser útil para establecer medidas de contención. Si se exige adicionalidad, es decir, generar beneficios identificables para el medio ambiente, podría ser un instrumento útil para hacerse cargo de efectos como el daño ambiental. Lo controversial es que, dada la gravedad de la imputación, si bien podría aplicarse una disminución significativa de la multa como incentivo, su eliminación total podría generar cuestionamientos por parte de la ciudadanía.

En general, se recomienda elevar a rango legal los requisitos de aprobación de programas de cumplimiento, con el riesgo de reducir la flexibilidad en la definición de estos criterios a futuras modificaciones del mismo orden. Hoy, los requisitos de eficacia, integralidad y verificabilidad están establecidos a nivel reglamentario. Existe la posición con respecto al criterio de integridad, que debería ser exigible presentar un programa de cumplimiento por todos los cargos formulados y si existe impedimentos para algunos de ellos, autorizar su desagregación. No obstante, persisten posturas disímiles al respecto y algunos plantean que el incentivo del PdC es tan alto, que este debe permitir resolver el caso completo por parte de la SMA.

Uno de los integrantes de la mesa, plantea que en cuanto al requisito de integralidad no existe fundamento de derecho positivo expresó que permita excluir la posibilidad de desagregación de cargos. Cumple la función responsiva aceptar la implementación de medidas para ciertos cargos, dejando para otros la defensa. Si existen

infracciones que el titular puede acreditar que no cometió y otras en que manifiestamente reconoce haber incurrido, se opone a los fines de la responsabilidad sancionatoria obligarlo a adoptar una decisión en bloque.

Se indica que es contraproducente tramitar un procedimiento sancionatorio completo, con los tiempos que ello implica, para obtener un resultado que se pudo lograr en un comienzo: (i) absolución por las que no cometió; y, (ii) condena por las que sí; en circunstancias que las medidas se pudieron adoptar desde un principio. Si se mantiene el requisito de integralidad, no se puede privar al infractor del derecho a su defensa si se reanuda el proceso ante un escenario de incumplimiento. Frente a la imposibilidad de dividir estrategias de defensas, el titular se enfrenta a la necesidad de aceptar cargos aún en el escenario de falta de concurrencia de ciertas infracciones.

Sin embargo, las normas administrativas existentes ya permiten la desagregación de cargos por lo que aplicar esta doctrina no requeriría modificación legal. Más aún, se observa que puede ser complejo dejar a la voluntad del infractor el determinar los cargos por los cuales presentar un programa de cumplimiento y por los cuales es más beneficioso presentar defensa, primero porque se transforma en un beneficio en caso de aceptar la imputación y, segundo, porque separar expedientes trae enormes costos a la administración. Además, persisten posturas contrarias que indican que debería ser una obligación expresa que el PdC se haga cargo de todas las infracciones y pueda presentarse sólo para algunas, no permitiendo desagregar en infracciones que presentan o no impedimento.

A su vez, se propone un procedimiento sancionatorio simplificado ante la ejecución insatisfactoria del PdC, donde se prive al sujeto de presentar descargos y se avance directamente a la etapa de dictamen y resolución. No obstante, como está actualmente regulado el artículo 40 de la LOSMA, para confeccionar ese dictamen es necesario configurar la infracción, la gravedad y las circunstancias del art. 40, además de recabar información adicional, la que proviene en muchos casos de los descargos del infractor o de presentaciones posteriores, lo que hace manifiestamente ineficiente y finalmente deniega la justicia ambiental, dado que no hay reproche oportuno. Esta exigencia hace más evidente una forma manifiesta en que la institucionalidad no aplica los reproches oportunamente, generando la idea de una institucionalidad débil y pro-infractor.

Parece prudente también extender el plazo para presentar un programa de cumplimiento, por lo exigente de sus requisitos, pero para esto se debe considerar ampliar el plazo para descargos. A su vez, regular el procedimiento de aprobación o rechazo del PdC limitando el número de rondas de observaciones le quita mucha flexibilidad al proceso, entendiendo que cada caso es distinto y tiene sus propias complejidades. En caso de regularse, se recomienda autorizar una tercera ronda de observaciones en casos fundamentados. Por último, se considera que debe existir la oportunidad para que se presenten observaciones a las medidas del PdC por parte de la comunidad o los afectados.

Hubo consenso en adelantar la contención y reparación de daño ambiental lo antes posible, para lo cual se requiere también modificar las normas de planes de reparación. La regulación del plan de reparación (PdR) no debe desprenderse de la resolución sancionatoria, lo que da cabida a la reparación de manera inmediatamente posterior o simultáneamente al programa de cumplimiento. Sería conveniente que en el caso de daño ambiental

se permita medidas de contención en el marco del PdC, y que se adelante la presentación del PdR, obligándose a tramitar dentro de un plazo posterior a la aprobación del PdC o de manera paralela. Para ello es necesario modificar normas que indican que el PdR se presenta una vez que haya sido dictada y notificada la resolución sancionatoria.

Con todo en el pleno se manifestó no estar de acuerdo trasladar el daño ambiental al PdC, dado que altera sus objetivos, entre ellos resolver en tiempo acotado una infracción y que se vuelva al cumplimiento ambiental. El daño ambiental tiene otras herramientas para su reparación. La contención de los efectos del daño ambiental que esté ocasionando una infracción, pueden ser controladas a través de las medidas provisionales de la SMA o medidas urgentes y transitorias.

En el caso de la autodenuncia, la discusión se centró en la falta de utilización de este instrumento y la necesidad de modificar los incentivos en la regulación para maximizar su utilización. No hubo consenso en cuanto al enfoque adecuado para conseguir este objetivo. En este sentido, se manifestó focalizar el uso de la autodenuncia para las infracciones leves. Contrariamente, otros plantearon que la regulación debiese buscar la autodenuncia en infracciones de difícil de detección y de alto impacto en los objetos de protección o en el sistema de fiscalización.

Uno de los incentivos propuestos corresponde a autorizar un programa de cumplimiento ante una autodenuncia a todo evento, para lo que no es necesaria una reforma legal. Actualmente se interpreta que los impedimentos del programa de cumplimiento decaen frente a una autodenuncia, aunque si se desea mayor claridad sería conveniente su regulación. Por otro lado, se propone cambiar completamente la forma de tramitar autodenuncias, no atándola al procedimiento sancionatorio, toda vez que esto obliga a las SMA, primero, a tramitar la autodenuncia y el programa de cumplimiento respectivo y, luego a concluir el procedimiento sancionatorio y proceder al cálculo de multas. Sería razonable proponer una regulación especial que evite este esfuerzo inútil.

2.5.6 Propuestas de articulado

Artículo 41.- La Superintendencia eximirá del monto de la multa al infractor que concurra a sus oficinas y denuncie estar cometiendo, por sí, cualquier infracción leve, siempre y cuando ejecute las medidas correctivas que la Superintendencia imponga, las que deberán contemplar los efectos que la acción u omisión hayan provocado.

En el caso de cualquier infracción grave, la Superintendencia rebajará el monto de la multa al infractor que concurra a sus oficinas y denuncie estar cometiendo, siempre y cuando ejecute las medidas correctivas que la Superintendencia imponga, las que deberán contemplar los efectos que la acción u omisión hayan provocado.

Para cualquier infracción gravísima, la Superintendencia rebajará a la mitad el monto de la multa al infractor que concurra a sus oficinas y denuncie estar cometiendo, por sí, siempre y cuando ejecute las medidas correctivas que la Superintendencia imponga, las que deberán contemplar los efectos que la acción u omisión hayan provocado.

La autodenuncia deberá realizarse ante la Superintendencia en cuanto se tenga conocimiento de la infracción, describiendo las acciones y omisiones de la manera más completa posible y adoptando todas las medidas necesarias para reducir o eliminar los efectos negativos.

En caso de que un infractor ya hubiese concurrido a autodenunciarse por infracciones graves o gravísimas, la rebaja de la multa deberá ser cada vez menor. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que la Superintendencia hubiese iniciado la investigación respecto de los mismos hechos, la autodenuncia no producirá ningún efecto.

Artículo 42. Iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar un programa de cumplimiento, en el plazo de 30 días, contado desde la notificación de la resolución que formula cargos. Para estos efectos se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa que se indique y se hagan cargo de los efectos ambientales de las infracciones imputadas si los hubiese.

En el caso que la formulación de cargos incluya infracciones con calificación de daño ambiental, el infractor que presente programa de cumplimiento deberá incorporar medidas de contención del daño causado, anticipando las medidas a proponer en el plan de reparación.

No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento y aquellos que hayan sido sancionados por infracciones gravísimas, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse un plazo de 3 años desde la resolución que aprueba el programa de cumplimiento o bien desde la resolución sancionatoria.

Asimismo, para efectos de la aplicación de los impedimentos establecidos en este artículo, se considerarán las infracciones que se verifiquen en la misma faena, establecimiento o instalación, sujeto a uno o más instrumentos de carácter ambiental.

La Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento deberá atenerse a los siguientes criterios:

- a) Integridad: Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos, salvo que exista impedimento para alguna de las infracciones contenidas en la formulación de cargos. En este caso, la Superintendencia dispondrá la desacumulación de las infracciones respecto de las cuales se presenta el impedimento.
- b) Eficacia: Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.
- c) Verificabilidad: Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.
- d) Aseguramiento: Los programas de cumplimiento contendrán acciones y metas que permitan garantizar que el infractor no incurrirá nuevamente en la infracción imputada
- e) Adicionalidad: Los programas de cumplimiento contendrán acciones y metas que generen efectos positivos adicionales en el medio ambiente.

En ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios. Si la Superintendencia constata la existencia de errores, omisiones o inexactitudes en el programa presentado, podrá solicitar las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que estime necesarias, otorgando un plazo para tal efecto al interesado. Esta solicitud podrá efectuarse hasta por dos veces durante el procedimiento. Aprobado un programa de cumplimiento por la Superintendencia, el procedimiento sancionatorio se suspenderá.

En caso de incumplirse las exigencias contraídas en el programa, se reiniciará el procedimiento sancionatorio, en el estado en que se encuentre. En dicho evento, se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38 de la ley. En la determinación de la sanción, se considerará el grado de cumplimiento del programa, de acuerdo a lo indicado en letra g) del artículo 40 de la ley.

Cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido. Con todo, la presentación del programa de cumplimiento y su duración interrumpirán el plazo señalado en el artículo 373. El reglamento regulará los requisitos de contenido del programa de cumplimiento.

Artículo 43. Una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental. En el caso que el infractor haya presentado programa de cumplimiento, deberá presentar un plan de reparación una vez que se apruebe este programa. ´

Corresponde a la Superintendencia aprobar el plan de reparación, en conformidad a lo dispuesto en el reglamento. Asimismo, corresponderá a la Superintendencia la fiscalización del cumplimiento del plan aprobado. En caso de aprobación del plan por parte de la Superintendencia y durante el plazo de ejecución del mismo, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá.

La ejecución satisfactoria del plan de reparación extinguirá la acción de reparación del daño ambiental a que se refiere el **artículo 53**⁸⁰ de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. La resolución que pone término al procedimiento sancionatorio o la que aprobare el programa de cumplimiento, señalará el plazo dentro del cual el infractor deberá presentar el plan de reparación.

⁸⁰ **Ley N° 19.300. "Artículo 53.-** Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

La Superintendencia, a solicitud del infractor, podrá otorgar un plazo adicional para la presentación de la propuesta, considerando la complejidad del asunto y la propuesta de medidas que permitan contener el daño ambiental causado y sus efectos hasta la aprobación del plan de reparación.

Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare un plan de reparación dentro del plazo fijado por la Superintendencia, el Consejo de Defensa del Estado como parte principal deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental.

Transcurrido el plazo respectivo sin que se presente la propuesta de plan de reparación, se enviará al Consejo de Defensa del Estado copia de la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio o la resolución que lo suspende, junto con todos los antecedentes que se encuentren en poder de la Superintendencia y que dan cuenta del daño ambiental causado por el infractor, para efectos de ejercer la acción por daño ambiental.

Si la presentación cumple con los contenidos mínimos indicados, o bien, subsanadas en forma oportuna por el proponente las faltas de que adoleció, la Superintendencia podrá ordenar un período de información pública, para lo cual se procederá de conformidad a lo señalado en el artículo 39 de la Ley N° 19.880, debiendo acreditarse el interés de acuerdo al artículo 21 de la misma ley.



100 PROPUESTAS

**para fortalecer el cumplimiento
de la normativa ambiental**

