

Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio

Paulina Riquelme Pallamar

Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile
LLM en Derecho Ambiental y Energético Universidad de Tulane
Profesora de Postítulo de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Paula Medina Fuentes

Abogada Universidad de Chile
Diplomada en Derecho Ambiental
Pontificia Universidad Católica de Chile

Daniela Bustos Peñailillo

Abogada Universidad de Chile

Resumen: El año 2010 ha sido un año relevante para la gobernabilidad ambiental. Se inició con la publicación el 26 de enero de 2010 de la Ley N° 20.417, que introduce cambios significativos a la institucionalidad ambiental, al sistema de evaluación de impacto ambiental y establece nuevas reglas del juego en materia de fiscalización y sanción ambiental. En este contexto, este trabajo propone una reflexión sobre esta importante reforma desde su filosofía subyacente y los criterios de diseño regulatorio utilizados. Estos criterios son analizados desde la perspectiva del modelo institucional original de la Ley N° 19.300 y de una breve revisión de los principales criterios de diseño regulatorio ambiental desarrollados por la doctrina y aplicados por distintos ordenamientos jurídicos comparados, particularmente en relación a la organización de la institucionalidad ambiental y de los instrumentos de gestión ambiental disponibles.

I. Introducción

En el contexto de la Ley N° 20.417, que reforma la institucionalidad ambiental, creada el año 1994 por la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LGBMA), el presente trabajo propone una reflexión sobre esta reforma considerando los criterios de diseño regulatorios ambientales inspiradores de ambos cuerpos legales, y de los supuestos que sustentan el modelo vigente en nuestro país, tanto en su dimensión institucional como respecto de los instrumentos de gestión ambiental consagrados en la normativa.

De esta forma, este trabajo presenta una mirada a la reforma ambiental desde la filosofía subyacente y los criterios de diseño utilizados en nuestro país. Con este objetivo, el presente trabajo se inicia con una breve revisión de los principales criterios de diseño regulatorio ambiental desarrollados por la doctrina y aplicados por distintos ordenamientos jurídicos comparados, particularmente en relación a la organización de la institucionalidad ambiental y de los instrumentos de gestión ambiental escogidos. En base a lo anterior, se analizan los supuestos y criterios de diseño aplicados en la Ley N° 19.300 y, posteriormente, en la Ley N° 20.417; a fin de reflexionar sobre el estado actual de nuestro diseño regulatorio, en cuanto a los criterios escogidos e instrumentos aplicados.

II. Criterios de Diseño Regulatorio Ambiental en Sistemas Comparados

A. Modelos de Organización Institucional

En materia ambiental, en el mundo se han desarrollado diversos modelos de organización institucional, los que a grandes rasgos se pueden dividir entre aquellos basados en la unidad de gestión y aquellos modelos con un fuerte enfoque sectorial, con disgregación de competencias ambientales en diferentes órganos de la Administración del Estado.

En cuanto a los modelos basados en la unidad de gestión, la autora española Silvia Jaquenod de Zsögön destaca que se pueden distinguir al menos 5 de estos modelos¹:

- *Potenciación de un Ministerio existente*: se asignan competencias ambientales a un Ministerio existente con la asistencia de comités interministeriales para efectos de coherencia.
- *Comisiones o Comités interministeriales*: Obedece a un modelo de coordinación horizontal a través de un órgano colegiado encargado de la elaboración de políticas en tanto que la ejecución de tales políticas se radica en los distintos ministerios.

Agencia o Comisaría Central: modelo vinculado principalmente a estructuras federales, en el cual se crearía un nuevo organismo dependiente del primer ministro, que reuniría facultades más profundas que la mera coordinación, abarcando funciones de política ambiental, gestión financiera, asignación y distribución de recursos y control de la gestión realizada por otros ór-

¹ Jaquenod de Zsögön, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Tercera edición, Dykinson S.L., 1991, pp. 187, 188 y 189.

ganos sectoriales u otras administraciones con competencias en gestión ambiental. De acuerdo a la autora, si bien este modelo permite mantener la integridad de la gestión ambiental mediante sistemas de vigilancia y control, presenta dificultades relacionadas con el mantenimiento de un canal de información fluido.

- *Ministerio del Medio Ambiente*: en este diseño se pueden observar tres sub-modelos:
 - a) sólo como *órgano coordinador* con subsistencia de competencias ambientales en otros ministerios, sin rango jerárquico superior, lo que podría dificultar la coordinación;
 - b) como *superministerio*, absorbiendo competencias ambientales de otros ministerios y contando también con competencias más allá de lo ambiental, pudiendo presentar dificultades en razón de la falta de una visión de políticas integrada y la posibilidad de enfrentar tensiones o superposición de competencias con otros organismos en cuanto al ejercicio de las funciones no estrictamente ambientales; y
 - c) como *sistema integrado*, constituido por unidades ambientales de otros ministerios o departamentos sin desvinculación, lo que presenta necesidad de contar con una clara determinación de las funciones de cada división.
- *Secretaría de Estado del Ambiente con Agencias*: Sistema que supone una Secretaría centralizada que delega competencias en Agencias manteniendo la dirección, control y vigilancia de éstas. Este modelo tendría aplicabilidad en Estados con organización federal.

En cuanto a los modelos basados en la disgregación de competencias ambientales en diferentes órganos de la administración del Estado, la autora española destaca la inconveniencia de contar con un enfoque sectorial en la gestión ambiental pues dicho enfoque “acentuaría la dispersión de esfuerzos, multiplica las acciones paralelas y conduce a rodeos y a pérdidas de tiempo”². Señala, asimismo, que un modelo sectorial presenta los inconvenientes propios de multiplicidad de decisiones que impiden la “coherencia en la acción administrativa del ambiente, dudosa validez de la solución adoptada y, fundamentalmente, dilución de las responsabilidades”³.

Dichos modelos han sido consagrados de alguna u otra forma en la legislación comparada, tanto de países desarrollados como en aquellos en vías de

² Jaquenod de Zsôgôn, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Tercera edición, Dykinson S.L., 1991, p. 187.

³ Jaquenod de Zsôgôn, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Tercera edición, Dykinson S.L., 1991, p. 187.

desarrollo. Su implementación práctica y aprendizaje derivado de los años de experiencia han determinado variaciones de los modelos teóricos señalados. A continuación, revisaremos brevemente ejemplos prácticos de los modelos institucionales de España, Estados Unidos de América y la evolución de los modelos de institucionalidad ambiental en América Latina y el Caribe.

España: Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino

La institucionalidad ambiental española se organiza a través de un **Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino**, el cual se creó en el año 2008 a través del Real Decreto 432/2008. Este Ministerio asumió las competencias hasta entonces atribuidas a los suprimidos Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación, y de Medio Ambiente, más la competencia en materia de protección del mar, en estrecha colaboración con el Ministerio de Fomento. La reforma del año 2008 convirtió a este Ministerio en una institución que concentra una amplitud de competencias y atribuciones en áreas como: cambio climático, protección del patrimonio natural, biodiversidad, medio ambiente marino, aguas, desarrollo rural, recursos agrícolas, ganaderos y pesqueros y alimentación. Su organización contempla cuatro órganos superiores y directivos del Ministerio, dependientes directamente del Ministro(a):

- La Secretaría de Estado de Cambio Climático
- La Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua
- La Subsecretaría de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino
- La Secretaría General del Mar, con Rango de Subsecretaria

Cada uno de estos órganos superiores se divide en otros estamentos específicos o direcciones, existiendo además organismos autónomos como las Confederaciones Hidrográficas, Parques Nacionales y el Centro Nacional de Educación Ambiental (CENEAM-Valsain), entre otros⁴.

Estados Unidos de Norteamérica: Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (US EPA)

En Estados Unidos de Norteamérica encontramos a la emblemática **Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos** (en inglés sus siglas US EPA), que se originó como respuesta a una creciente demanda por acciones concretas y efectivas en contra de la contaminación ambiental que afectaba a ese país en la década de los sesenta. En dicho contexto, el 2 de diciembre de 1970,

⁴ Página Web MAPA, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España. [en línea] <<http://www.mapa.es/es/ministerio/ministerio.htm>> [consulta: 23 Julio 2010]

la EPA inició sus funciones como una agencia que concentraba competencias federales de investigación, monitoreo, establecimiento de estándares y cumplimiento para asegurar la protección medioambiental, con una misión clara de protección de la salud humana y resguardo del medio ambiente natural aire, agua y suelo, de los cuales la vida depende⁵.

El diseño de la EPA se basó en una profunda reorganización de instituciones existentes: tres Departamentos federales, tres Divisiones, tres Agencias, dos Consejos, una Comisión, un Servicio y diversas oficinas. La reorganización consideró una redistribución de competencias ambientales que se radicaron en la nueva agencia, lo cual implicó naturalmente la pérdida de competencias de algunos organismos sectoriales; de esta forma, el Departamento del Interior cedió la Administración Federal de la Calidad del Agua (Federal Water Quality Administration) como también todas las competencias sobre los pesticidas. El Departamento de Salud, Educación y Bienestar cedió sus competencias sobre la Administración del Control Nacional de la Contaminación del Aire, competencias relativas a la investigación sobre pesticidas (Federal Food and Drug Act), aquellas que eran parte de las Divisiones encargadas del manejo de residuos sólidos, higiene del agua y efectos ambientales en la salud humana. Por su parte, el Departamento de Agricultura aportó con las competencias relativas a pesticidas que formaban parte de las funciones del Servicio de Investigación de Agricultura (Agricultural Research Service), en tanto que la Comisión de Energía Atómica y el Consejo Federal de Radiación aportaron con las competencias relativas a la formulación de criterios y estándares relativos a la radiación. Finalmente, el Consejo de Calidad Ambiental (CEQ – Council on Environmental Quality) aportó con las competencias asociadas a la investigación ecológica, las que quedaron radicadas en la EPA.

América Latina y el Caribe

En cuanto a la organización de las instituciones ambientales en América Latina y el Caribe se pueden distinguir básicamente dos modelos: **el modelo del ministerio y el modelo de la comisión.**

En el modelo del ministerio se considera a la institución como la máxima autoridad en que se concentra la responsabilidad de formular y dirigir la política nacional ambiental. En algunas legislaciones, tales instituciones pueden tener funciones de ejecución de políticas, aunque en su evolución se han orientado más bien hacia el diseño, coordinación y promoción a nivel nacional de las políticas ambientales que formulan. En el modelo de la comisión no se contempla una autoridad ambiental propiamente tal, sino una figura coordinadora cuya

⁵ Página Web US EPA, United States Environmental Protection Agency [en línea]. <<http://www.epa.gov/aboutepa/index.html>> [consulta: 23 julio 2010]

labor es lograr que cada institución del Gobierno y del Estado introduzca la variable ambiental en las políticas, normas y acciones de su competencia⁶.

Hacia el año 2001, la mayoría de los países de la región de América Latina y el Caribe contaban con una organización de tipo "ministerio", ya fuese a través de Ministerios propiamente tales o de Secretarías dependientes de un Ministerio, diferenciándose entre sí por el rango de competencias y funciones que les eran asignadas. En la región, el modelo de la Comisión fue impulsado por Guatemala en el año 1986, al crear una Comisión Nacional de Medio Ambiente dependiente de la Presidencia de la República, entidad que fue sustituida a finales de los años noventa por un Ministerio de Medio Ambiente. Similares pasos ocurrieron en Ecuador. Por su parte, en Chile en el año 1990⁷ se crea la Comisión Nacional de Medio Ambiente siguiendo el modelo de comisión. Este modelo se mantuvo a través de los años únicamente en Chile y en Perú⁸.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) destinó entre los años 1992 a 2002 un total de US\$312 millones a programas de fortalecimiento institucional ambiental en la región de América Latina y el Caribe. En dicho contexto, el BID tiene dentro de sus mandatos específicos respaldar proyectos destinados a fortalecer los marcos jurídicos y normativos relacionados con el medio ambiente, como también aquellas instituciones ambientales⁹. En el caso de Chile, los esfuerzos se enfocaron en el Programa de Fortalecimiento y Cumplimiento de las Normas de Medio Ambiente que tuvo como objetivos específicos el soporte institucional y el desempeño institucional eficiente¹⁰.

En términos generales, de acuerdo a observaciones derivadas de la experiencia, uno de los principales conflictos que han debido enfrentar las organizaciones institucionales en materia ambiental dice relación con las competencias en torno

⁶ Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002. p. 63 <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>> [consulta: 08 septiembre 2010]

⁷ Decreto Supremo N° 240/1990 del Ministerio de Bienes Nacionales: Crea Comisión Nacional del Medio Ambiente. Publicado en Diario Oficial el 08 de septiembre de 1990.

⁸ Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002. p. 67. <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>> [consulta: 08 septiembre 2010]

⁹ En su Política de Medio Ambiente, el BID dispone que centrará sus esfuerzos en fomentar la transversalidad ambiental en sus países miembros prestatarios a través de acciones que -entre otras- "fortalezcan la gobernabilidad mediante la formulación de marcos efectivos de gestión ambiental y mecanismos transparentes de gestión que solidifiquen el desarrollo de capacidades institucionales, la participación de la sociedad civil, el acceso público a la información, el respeto y cumplimiento de la ley, el uso de instrumentos de mercado y el desarrollo de políticas". Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Política de Medio Ambiente y Cumplimiento de Salvaguardias. [pdf]. 2005. p. 5. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=665905> [consulta: 01 septiembre 2010]

¹⁰ Espinoza, Guillermo. "Evaluación de proyectos de desarrollo institucional. Un análisis comparativo". [pdf]. Washington D.C. 2005. p. 6, 7 y 8. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=823519>> [consulta: 07 septiembre 2010]

a la gestión de los recursos naturales renovables, cuando la responsabilidad por la administración de la totalidad o parte de los recursos naturales renovables críticos se ha mantenido exclusivamente en entidades cuya vocación prioritaria es el aprovechamiento. Lo anterior ha sido fuente de conflictos permanente entre instituciones (autoridades ambientales vs. autoridades sectoriales) y causa de distorsiones e ineficiencias en el logro de los objetivos de protección ambiental¹¹.

B. Instrumentos de Gestión Ambiental y Cumplimiento

Los instrumentos de gestión ambiental son aquellas herramientas que permiten abordar los desafíos y problemas ambientales, desde una perspectiva preventiva y desde otra reparadora o correctiva. En términos generales, los instrumentos de gestión ambiental se pueden agrupar en cuatro categorías¹²: (i) instrumentos de mercado¹³; (ii) instrumentos de regulación directa¹⁴; (iii) instrumentos basados en información¹⁵; y (iv) instrumentos fundados en implementación voluntaria¹⁶.

En el Derecho Comparado se ha ido avanzando en sistemas regulatorios ambientales que combinan distintas herramientas basadas tanto en el establecimiento de normas, con sistemas de fiscalización y sanción ("comando y control"), como también en mecanismos de carácter económico y de mercado, y el uso de otras herramientas menos tradicionales.

A grandes rasgos, en derecho comparado se puede observar que los sistemas regulatorios de carácter ambiental incluyen una serie de criterios y elementos comunes, combinados de distinta forma¹⁷:

¹¹ Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C., 2002. p. 63. <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>>[consulta: 08 septiembre 2010]

¹² OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009. p. 16 y 17. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta:06 septiembre 2010]

¹³ En esta categoría se distinguen: los permisos de emisión transables; impuestos y cargas ambientales; sistema de depósitos reembolsables; subsidios; compra verde, y responsabilidad y compensación.

¹⁴ Esta categoría comprende a todos aquellos instrumentos normativos directos destinados a imponer estándares de cuidado (prevención o minimización) a través de la imposición de valores mínimos de calidad ambiental, valores máximos de emisión, tecnologías o desempeño ambiental; se incluyen las normas de calidad ambiental y de emisión.

¹⁵ Este tipo de instrumentos buscan proporcionar o difundir información para promover cambios de comportamiento (por ejemplo: requerimientos de etiquetado).

¹⁶ Los instrumentos fundados en la implementación voluntaria son complementarios a las demás herramientas y permiten cumplir con objetivos de protección ambiental sobre la base de acuerdos entre la autoridad y regulados que permiten avanzar con estándares más rápidamente que modificaciones en las regulaciones.

¹⁷ Plater, Zygmunt J.B.; Abrams, Robert H.; Goldfarb, William; Graham, Robert L. "Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society". Second Edition. St. Paul, Minnesota. American Casebook Series West Group, 1998. p.319.

1. Regulaciones orientadoras de la planificación: herramientas que tienden a guiar a los regulados, por una agencia gubernamental de vigilancia, dirección y planificación ambiental frecuentemente con participación pública.
2. Establecimiento de estándares y/o parámetros ambientales: basado en una combinación de establecimiento de estándares ambientales (de daño o tecnológicos) y métodos de balances de riesgos medioambientales y costos económicos (evaluaciones de riesgo a la salud y/o el medio ambiente).
3. Establecimiento de permisos y autorizaciones: estándares generales traducidos en obligaciones legales específicas a los sujetos regulados.
4. Establecimiento de obligaciones de monitoreo y vigilancia: a sujetos regulados y a la autoridad.
5. Herramientas de cumplimiento e imperio: destinadas a incentivar y/o mejorar el cumplimiento de normas ambientales por parte de los sujetos regulados, como también aquellas destinadas a desincentivar infracciones mediante sistemas eficientes de fiscalización y sanción.
6. Herramientas de revisión permanente y mejoramiento de normativa: herramientas que permiten el mejoramiento de las acciones de cumplimiento y de la normativa mediante la retroalimentación derivada de la implementación práctica, las que podrían determinar: reevaluación de la idoneidad de los instrumentos utilizados, ajustes en las reglas, y perfeccionamiento de procedimientos y prácticas.

Los estatutos particulares de la regulación harán énfasis en uno o más de estos elementos dada la naturaleza de lo que se regula. Por ejemplo, una regulación de las aguas comienza con la determinación de ciertos estándares de calidad, cuyo cumplimiento requiere de monitoreo y vigilancia por el organismo fiscalizador.

En este contexto, existen legislaciones que se centran fuertemente en un sistema de comando y control, y otras que han evolucionado hacia una combinación más equilibrada de herramientas e instrumentos de gestión ambiental en búsqueda de un balance que permita cumplir los objetivos de la regulación en materia ambiental de una manera más eficaz de acuerdo a la naturaleza de cada una de las problemáticas. En este sentido, al determinarse las opciones de regulación deben tenerse presentes tres principios denominados “Las tres Es”: **Efectividad, Eficiencia y Equidad**¹⁸.

¹⁸ “In judging effectiveness one must consider whether a statute will really work in the real world. or whether it provides mere “symbolic assurance”. “Efficiency” involves subjective benefit –cost analysis, cost effectiveness (whether equal or better results can be obtained at a lower cost) and technical feasibility. Evaluating the “equitableness” of a statute requires a careful comparative analysis of impacts and

Además de contar con una combinación de instrumentos de gestión ambiental, las legislaciones ambientales avanzadas han complementado sus sistemas normativos con un conjunto de herramientas destinadas a incentivar y mejorar (perfeccionar) el cumplimiento normativo y a fortalecer las potestades de imperio (fiscalización y sanción). En este sentido, resulta interesante observar ejemplos como la EPA en Estados Unidos ("US EPA") que además de una estricta política de "enforcement" (fiscalización y sanción), mantiene distintos programas, políticas y guías para promover el cumplimiento regulatorio. De esta forma, se realiza un esfuerzo dirigido a obtener el cumplimiento por parte de los regulados a través de una búsqueda constante de equilibrio en las herramientas como son la asistencia al cumplimiento, el monitoreo o inspecciones, los incentivos y auditorías, todos elementos dentro del concepto amplio de cumplimiento y "enforcement".

Como lo señalamos anteriormente, entre las herramientas destinadas al incentivo del cumplimiento, la US EPA contempla *programas de asistencia al cumplimiento*, que tienen como finalidad explicar cómo se debe cumplir con los requerimientos regulatorios específicos, contemplando divisiones especiales según tipo de industrias o servicios públicos, además de asistencia concreta de ciertas regulaciones como The Clean Air Act y The Clean Water Act.

Por otra parte, se contemplan *centros destinados a la asistencia al cumplimiento* que entregan información a través de sitios web, asistencia telefónica, y en discusiones grupales a través de correos electrónicos.

Asimismo, EPA desarrolla *guías para el cumplimiento destinadas a pequeñas comunidades*, contemplando sistemas que permiten la reducción de sanciones a aquellas comunidades locales pequeñas que comprometan y logren un cumplimiento total a posteriori o implementen un sistema de manejo ambiental.

Además, se desarrollan guías y programas destinados específicamente a *pequeñas empresas, guías para la detección de problemas ambientales y publicaciones sobre sistema de manejo ambiental*.

EPA también desarrolla *sistemas de monitoreo de cumplimiento*, a través de programas que detallan los elementos que deben ser fiscalizados en las inspecciones o los parámetros que deben ser evaluados, de acuerdo a la norma cuyo cumplimiento se está monitoreando. De esta forma, se genera un mejor entendimiento entre fiscalizador y fiscalizado, con claridad de los elementos que serán revisados y se tiende a mantener uniformidad en el criterio de fiscalización y de aplicación de la norma.

benefits". Plater, Zygmunt J.B.; Abrams, Robert H.; Goldfarb, William; Graham, Robert L., "Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society". Second Edition. St. Paul, Minnesota. American Casebook Series West Group, 1998, p. 320.

Complementando estas herramientas, se contemplan mecanismos que permiten la rebaja de multas a aquellas empresas que voluntariamente denuncian que se encuentran en una situación problemática de incumplimiento y realizan prontamente todos los esfuerzos para corregirlos. Resulta interesante en este contexto el plan específico que permite a los adquirentes de una nueva empresa señalar los incumplimientos detectados en la administración anterior con el objeto de desarrollar planes para lograr el cumplimiento total en la nueva propiedad y lograr de esta forma un *“comienzo limpio”*; o los planes de fiscalización programada que consisten en la notificación que se realiza a un cierto grupo de regulados sobre el cumplimiento que deben dar de una regulación específica, otorgándoles un plazo dentro del cual podrán autodenunciar incumplimientos relacionados con esa regulación. En caso de proceder a denunciar incumplimientos, podrán acceder a rebaja en las multas correspondientes. Los titulares que no denuncien incumplimientos enfrentarán los riesgos propios de estos y una fiscalización más extensiva de su comportamiento.

La US EPA contempla una serie de iniciativas diferentes, puesto que dentro de su mandato institucional se incluye como directriz la búsqueda constante de mecanismos innovadores que puedan favorecer el cumplimiento de las regulaciones.

III. Criterios de Diseños Regulatorios ambientales en Chile

A. Criterios de Diseño Regulatorio en la Ley 19.300

Institucionalidad Ambiental: modelo de coordinación

No obstante la existencia de diversos cuerpos normativos de distinto rango legal que abordaban materias ambientales, la institucionalidad ambiental propiamente tal se creó y organizó con la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1994, tras dos años de tramitación parlamentaria¹⁹.

El modelo adoptado por la Ley N° 19.300 se basó en la creación de una estructura administrativa coordinadora y ejecutora de las políticas ambientales del país, en un marco de reconocimiento de diversas competencias ambientales sectoriales (algunas superpuestas), en un escenario de multiplicidad y dispersión de normas de carácter ambiental. En este contexto, y como se consigna en el mensaje presidencial con el que se envió el proyecto de ley al Congreso Nacional en 1992, la institucionalidad ambiental se creó sobre 2 bases o pilares:

¹⁹ Este cuerpo legal surgió a partir de un proyecto de ley, ingresado al Congreso en el año 1992 por el ex Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar.

a) Reconocimiento de competencias ambientales: *“...reconocer las competencias ambientales de los distintos ministerios y servicios, involucrándolos en los temas ambientales en que, por sus respectivas esferas de competencia, les corresponde conocer²⁰; y*

b) Coordinación²¹: *“...Generando capacidad de coordinación al interior del Poder Ejecutivo”²².*

Con el propósito de lograr el objetivo de *coordinación* entre los diferentes organismos con competencias ambientales, se crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), que a través de las Comisiones Regionales (COREMAS), tendría el rol de coordinar a los distintos organismos y servicios con competencia ambiental, evitando la duplicidad de esfuerzos y coordinando además los procesos de autorización de nuevos proyectos. La radicación administrativa de la CONAMA en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia pretendió resaltar su papel coordinador. En el transcurso del debate se desechó la idea de crear un Ministerio, confiando en que las diversas instituciones podrían actuar coordinadamente de manera eficaz²³.

Con el transcurso de los años, el modelo coordinador comenzó a presentar fallencias e ineficacias. La CONAMA experimentó dificultades para ejercer su papel coordinador producto de su organización institucional sin rango de ministerio, de

²⁰ Texto del Mensaje de S.E. el Presidente de La República, Don Patricio Aylwin Azocar, con el que envió al Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Santiago, 14 de septiembre de 1992.

²¹ “El segundo objetivo es crear una institucionalidad que permita solucionar los problemas ambientales existentes y evitar la creación de otros nuevos, para lo cual se crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente, como servicio público regionalmente descentralizado a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, con el deber de coordinar a los organismos y servicios con competencia ambiental y evitar la duplicación de esfuerzos. El Comité de Ministros que preside a la CONAMA y su radicación administrativa en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia resaltan su papel coordinador y le otorgan una cercanía al Presidente de la República que da testimonio de la enorme relevancia asignada al tema”. Informe Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, Senado. Fecha 08 de abril, 1993. Cuenta en Sesión 47, Legislatura 325. Historia de la Ley N° 19.300. [pdf] Biblioteca del Congreso Nacional, 1994. p.50. <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>> [consulta: 06 septiembre 2010]

²² Texto del Mensaje de S.E. el Presidente de La República, Don Patricio Aylwin Azócar, con el que envió al Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Santiago, 14 de septiembre de 1992.

²³ “La institucionalidad ambiental debe desarrollarse sobre dos bases. Por una parte, reconociendo las competencias ambientales de los distintos ministerios y servicios e involucrándolos en los temas ambientales que, por sus respectivas esferas de competencia, les corresponde conocer, y, por otra, generando una capacidad de coordinación al interior del Poder Ejecutivo. Restar competencias para radicar el tema ambiental en una sola institución, que era una de las opciones a considerar, resulta poco realista, ya que implica reestructurar íntegramente el aparato público a un costo injustificado porque existe una capacidad institucional instalada, la que, debidamente coordinada, puede accionar con plena eficacia”. Informe Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, Senado. Fecha 08 de abril, 1993. Cuenta en Sesión 47, Legislatura 325. Historia de la Ley N° 19.300. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional, 1994, p. 49. <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>> [consulta: 06 septiembre 2010]

su difícil rol de coordinador/conciliador con los demás ministerios y organismos sectoriales y de la permanencia de diversas competencias ambientales en los organismos sectoriales (como la Dirección General de Aguas, el Servicio Agrícola y Ganadero, el Ministerio de Agricultura, CONAF y la autoridad sanitaria, entre otros) lo que significaba una superposición constante de competencias (con los consiguientes conflictos y desgastes administrativos), multiplicidad de fiscalizaciones, y sobre todo diversidad de criterios en la aplicación de la normativa ambiental²⁴.

Instrumentos de Gestión Ambiental en Chile

En el escenario descrito, la Ley N° 19.300 además de crear una institucionalidad ambiental basada en el modelo coordinador, consagró los siguientes instrumentos para la gestión ambiental:

- 1) Educación e investigación;
- 2) Sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA);
- 3) Participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental;
- 4) Normas de calidad ambiental;
- 5) Normas de emisión; y
- 6) Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación.

El establecimiento de estos instrumentos se realizó sobre la base de un diseño tradicional de instrumentos de *comando y control*, cuyo eje de acción gira en torno a la dictación de normas acompañado de un sistema de coerción y sanción²⁵.

²⁴ "Después de catorce años de funcionamiento, es posible formular algunas críticas a este diseño. Desde el análisis político institucional, las críticas dicen relación con los siguientes aspectos: (a) Las dificultades que presenta una institución transversal en una Administración Pública vertical; (b) la incompreensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación; (c) la intervención de la autoridad política en cuestiones que son eminentemente de decisión técnica; (d) la existencia de asimetrías de información en diversos sentidos; (e) a nivel regional, la institucionalidad ambiental ha sido contradictoria con el modelo transversal; (f) la fiscalización es dispersa e inorgánica lo cual genera muchos costos; (g) la gestión local en materia ambiental es débil; (h) la utilización de los instrumentos de gestión ha sido desequilibrada (mucho Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pocas normas), e i) la normativa ambiental sectorial es, en gran medida, definida por cada sector." Mensaje N° 352 – 356: Mensaje S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Santiago, 5 de junio de 2008. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.8.<<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

²⁵ Los instrumentos de comando y control habitualmente consideran tres elementos básicos: (i) la identificación de un tipo de actividad ambientalmente dañina, (ii) la imposición de condiciones o

Tras 16 años de vigencia de la Ley N° 19.300 y de aplicación del conjunto de instrumentos de gestión ambiental contemplados originalmente en dicho texto legal se puede observar que la gestión ambiental se ha centrado mayoritariamente en la evaluación del impacto ambiental de proyectos a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). En menor medida, se ha realizado gestión a través de la dictación de algunas normas de emisión, de calidad ambiental y de ciertos planes de prevención o descontaminación. De la información disponible en el sitio web del SEIA, se puede observar que entre el 1° de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2009 fueron ingresados al Sistema de Evaluación Ambiental un total de 12.361 proyectos de inversión²⁶. Por otra parte, hasta la fecha sólo se han dictado veinte normas de emisión²⁷, diez normas de calidad ambiental²⁸ y siete planes de descontaminación²⁹. En este sentido, es en el SEIA donde se han enfocado mayoritariamente los esfuerzos regulatorios en el pasado y a la luz de las nuevas modificaciones se evidencia también que seguirá encabezando la lista de los instrumentos de gestión utilizados en Chile.

B. Criterios de Diseño Regulatorio en la Ley N° 20.417

Institucionalidad Ambiental: modelo híbrido (jerárquico)

Las evaluaciones nacionales e internacionales (principalmente la realizadas por la OCDE) al desempeño ambiental del país manifestaron la necesidad de iniciar un proceso de reforma a la institucionalidad ambiental³⁰. En este sentido, la nueva institucionalidad se inspira en las recomendaciones de la OCDE: "(...) Dado que

estándares para la realización de dicha actividad, y (iii) el establecimiento de una prohibición para la realización de cualquier tipo de actividad dañina sin dar cumplimiento a las condiciones o estándares establecidos en la norma. En el esquema de normas de comando y control es la autoridad reguladora la que debe estimar el impacto económico de la norma y su aplicación práctica mediante análisis de costo-beneficio.

²⁶ Informe de número de proyectos por región entre el 1/1/1998 y el 31/12/2009. Estado: Todas (Proyectos Admitidos a Trámite) [Excel]. <http://www.e-seia.cl/portal/reportes/rpt_num_proyectos.php> [consulta: 06 septiembre 2010]

²⁷ www.conama.cl/normativaambiental/html/<<http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitudesxmat?agr=1021&sub=512&tipCat=1>> [consulta: 6 septiembre 2010]

²⁸ Comisión Nacional del Medio Ambiente link Normativa Ambiental. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitudesxmat?agr=1021&sub=514&tipCat=1>> [consulta: 6 septiembre 2010]

²⁹ Comisión Nacional del Medio Ambiente link Normativa Ambiental. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitudesxmat?agr=1021&sub=515&tipCat=1>> [consulta: 7 septiembre 2010]

³⁰ En éste sentido señala el Mensaje Presidencial: "El ingreso de Chile a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, exigirá en esta materia el sometimiento permanente a escrutinio público de la idoneidad de nuestras políticas ambientales, lo que nos obligará a actuar con seriedad y con criterios de eficiencia y calidad en nuestra gestión ambiental. Esto ya tiene una manifestación concreta en las 52 recomendaciones emanadas de la OCDE, como resultado de la evaluación de desempeño ambiental que le hicieran en nuestro país en el año 2005. Mensaje N° 352 – 356: Mensaje S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Santiago, 5 de junio de 2008. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.6.< <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

en ciertos temas aún habrá un largo trecho por recorrer hasta alcanzar la convergencia ambiental con la mayoría de los países de la OCDE, será necesario fortalecer y ampliar considerablemente las instituciones ambientales. En particular se requieren iniciativas más decididas en relación con las EIA, las normas de calidad y de emisiones para la gestión del aire, el agua, los residuos y la naturaleza, el uso de instrumentos económicos, las políticas de ordenamiento territorial, y los planes y estrategias nacionales regionales. Una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento. Es necesario integrar las consideraciones ambientales en la planificación territorial en los ámbitos regional y municipal, así como ampliar y reforzar la cobertura y la ejecución de planes territoriales. Asimismo, se deberá fortalecer considerablemente la información y el análisis económicos que afectan las decisiones ambientales”³¹.

La Ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010, ha dado lugar a una modificación sustancial de nuestra institucionalidad ambiental a través de la creación de 5 instituciones principales:

1. Ministerio del Medio Ambiente;
2. Consejo de Ministros para la Sustentabilidad;
3. Servicio de Evaluación Ambiental (encargado de la administración del SEIA);
4. Superintendencia del Medio Ambiente (fiscalización y sanción); y
5. Tribunales Ambientales (justicia ambiental, aún en discusión en el Congreso).

Esta nueva institucionalidad propone un modelo regulatorio híbrido que se compone de elementos de coordinación tradicionales, pero que incluye una autoridad jerárquica reflejada en el Ministerio del Medio Ambiente. De esta forma, la creación de un órgano con rango de Ministerio reconoce en parte las dificultades que presentó el modelo de coordinación planteado en la Ley N° 19.300 (modelo transversal versus modelo vertical de tipo jerárquico como un ministerio).

El Ministerio del Medio Ambiente será competente para definir políticas y realizar el diseño de la regulación ambiental, cuya aprobación quedará sujeta

³¹ OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile. Chile, OCDE, 2005. pp. 17-18.

a un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que estará presidido por el Ministro del Medio Ambiente e integrada por los Ministros de Agricultura, Hacienda, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería y de Planificación³². El objetivo de este Consejo es asegurar una mirada transversal en las políticas y acciones en materias ambientales a través de la participación intersectorial, creándose *“una instancia rectora, con una mirada global sobre el desarrollo sustentable de Chile, compuesta por ministros fundamentales, como el de Hacienda, lo que impedirá negar en sus debates los recursos para asegurar un desarrollo sustentable y con una mirada integral”*³³, en este sentido, la presencia del Ministro de Hacienda introduce consideraciones económicas a nivel país de la implicancia de la aprobación de políticas y regulaciones en materia ambiental. Asimismo, la creación de un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad responde a las recomendaciones de la OCDE en cuanto a *“formalizar los mecanismos de integración institucional relativos al desarrollo sustentable”*³⁴. El Ministerio del Medio Ambiente se encuentra a la cabeza de este nuevo organigrama, otorgándosele una serie de facultades en materia ambiental que implicarán directa o indirectamente la reorganización de competencias ambientales de otros organismos del Estado (por ejemplo, la Dirección General de Aguas, el Servicio Agrícola y Ganadero, y el Ministerio de Salud). Esta transición podría dificultarse en la práctica, por la falta de claridad en los límites de las competencias que deberá ejercer cada servicio, límite que hoy en día no parece ser claro en el actuar de los distintos servicios y que no fue abordado directa y cabalmente en la Ley N° 20.417.

En consideración a lo señalado, parecen evidentes las dificultades que se producirán en razón de la eliminación que efectúa la Ley N° 20.417 de la facultad del

³² “El representante del Ejecutivo, entre otras materias, destacó que se propone incorporar como integrante del Consejo al Ministro de Hacienda, lo cual, en su opinión, permitirá que las decisiones de políticas públicas sean más integradas y sustentables. Asimismo, resaltó que no se consideró necesario mantener la coordinación que actualmente realiza el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, ya que la evidencia empírica de lo que ha sido el funcionamiento del Consejo Directivo de la CONAMA antes de la Ley 20.173 no ha sido del todo exitosa. La señal correcta ha sido que el Ministro de Medio Ambiente era quien se debía hacer cargo de la dirección o deliberación de las políticas públicas en materia ambiental. En efecto, el Consejo de Ministros, durante la última década, ha tenido un promedio de reuniones, bajo la dirección de SEGPRES, de 5 sesiones al año. Desde el 2007, con la creación del cargo de Ministro Presidente de CONAMA, se realizaron 12 sesiones ese año y 10 el año 2008”. Informe de Comisión de Recursos Naturales Cámara de Diputados. Fecha 01 de abril de 2009. Cuenta en Sesión 20, Legislatura 357. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.195.< <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

³³ Palabras del Diputado Patricio Vallespín. Discusión en Sala. Cámara de Diputados. Legislatura 357. Sesión 21. Fecha 29 de abril de 2009. Discusión general. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.510.< <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

³⁴ OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile. Chile, OCDE, 2005. p. 124.

Ministerio de Agricultura respecto a la conservación de recursos naturales fuera del ámbito agropecuario. Lo anterior, involucra indirectamente la supresión de la competencia del *Servicio Agrícola y Ganadero* sobre la fauna silvestre (con excepción de Ley de Caza y su reglamento) conservando sólo la competencia sobre los recursos naturales que incidan en el ámbito de la producción agropecuaria del país (artículo séptimo Ley N° 20.417).

En materia de *recursos hídricos*, la competencia de la Dirección General de Aguas respecto a la aplicación de políticas para conservar y proteger el recurso agua, competencia radicada específicamente en su Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos, de acuerdo a la nueva normativa serán competencias del nuevo Ministerio del Medio Ambiente (artículo 70 letra i).

Asimismo, se visualizan futuros conflictos en materia de salud, en donde las facultades del *Departamento de Salud Ambiental del Ministerio de Salud* se radican en el Ministerio del Medio Ambiente, principalmente en razón de las letras g), h), p), t), y u) del artículo 70. A modo de ejemplo, el artículo 70, letra g) señala que corresponderá especialmente al Ministerio del Medio Ambiente *“Proponer políticas y formular normas, planes y programas en materia de residuos y suelos contaminados, así como la evaluación del riesgo de productos químicos, organismos genéticamente modificados y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente, sin perjuicio de las atribuciones de otros organismos públicos en materia sanitaria”*.

Finalmente, cabe recordar que de acuerdo a la nueva normativa al Ministerio del Medio Ambiente le corresponde supervigilar el *Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado* (artículo 70 letra b), atribución que debiese ser una de las principales funciones del futuro Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Esta situación debiese ser abordada directamente en la discusión del proyecto de ley que cree este Servicio, el cual debe presentarse al Congreso dentro del plazo de un año desde la publicación de la Ley N° 20.417.

En cuanto a la fiscalización y el cumplimiento de la normativa ambiental, un organismo fundamental a que da nacimiento la nueva institucionalidad es la **Superintendencia del Medio Ambiente** (también la “Superintendencia” o “SMA”), institución cuyo propósito será mejorar la gestión de fiscalización ambiental, organizando y coordinando el seguimiento y fiscalización de instrumentos de carácter ambiental, evitando la multiplicidad de esfuerzos en una misma dirección.

En este contexto, la Superintendencia se ve fortalecida por nuevas herramientas de fiscalización, con mayores facilidades de acceso a sus instalaciones y documentación, debiendo el fiscalizado darle todas las facilidades para su acción, so pena de sanciones administrativas. La nueva normativa procura otorgar a

la Superintendencia un rol más activo en la fiscalización y sanción, teniendo facultades para dictar directrices técnicas y de orden a los demás organismos, uniformando los criterios de aplicación de la normativa ambiental, ordenando medidas urgentes y transitorias para evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, pudiendo iniciar de oficio la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de infracción de la normativa ambiental. Lo anterior, acompañado con un aumento de las sanciones derivadas de infracciones, que van desde la amonestación a la revocación definitiva de la Resolución de Calificación Ambiental.

Sin embargo, será en el transcurso de la puesta en marcha de esta nueva institución donde se podrían manifestar dificultades en la coordinación, teniendo como antecedente la experiencia de CONAMA. Es de esperar que las herramientas otorgadas a esta institución sean las adecuadas y que en caso contrario se vean mejoradas a través de procesos ágiles, que puedan otorgar las modificaciones necesarias.

Finalmente, dada las amplias y fortalecidas atribuciones de ésta Superintendencia, durante la tramitación de la Ley N° 20.417 se visualizó la necesidad de crear una entidad que actuara como un balance y contrapeso de la SMA, se encargara de resolver las cuestiones contenciosas administrativas ambientales y conociera de las acciones por daño ambiental desde una perspectiva interdisciplinaria. Es así como se ingresó a tramitación legislativa el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, Boletín N° 6747-12, cuyas principales funciones serían el control de los actos de la Superintendencia y el conocimiento de los asuntos contenciosos administrativos.

Instrumentos de Gestión Ambiental

La Ley N° 20.417 impulsa una profunda reforma en materia de institucionalidad –sin embargo– no introduce cambios sustantivos en materia de diseño regulatorio respecto de los instrumentos de gestión ambiental, manteniendo el esquema de instrumentos consagrados en la Ley N° 19.300, bajo el prisma de un diseño de comando y control, con énfasis en el aspecto normativo y sancionatorio. En efecto, se avanza en detalle hacia un nuevo sistema de infracciones, aumentando las multas en hasta 10.000 UTA (unidades tributarias anuales) y consagrando sanciones severas como la suspensión o revocación de permisos. Además, a través de esta reforma se realizan una serie de modificaciones al Sistema de Evaluación Ambiental, que tienden a profundizar el amplio rol que se le ha otorgado a este instrumento de gestión ambiental. Así, por ejemplo, se han introducido los siguientes aspectos:

i) Ampliación de instancias de participación ciudadana: se incorpora la posibilidad de contemplar un periodo de participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, en caso de reunirse los requisitos establecidos

en el nuevo artículo 30 bis. Además, se regula la reapertura del periodo de participación de la ciudadanía en caso de que el proyecto sufra modificaciones sustanciales durante el transcurso de la evaluación,

ii) Compatibilidad regional y comunal: Se incorpora como parte de la evaluación ambiental el análisis de la compatibilidad del proyecto con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y comunal.

iii) Regulación del fraccionamiento: Se limita a los titulares de proyectos la posibilidad de fraccionar proyectos con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al SEIA, pudiendo la Superintendencia requerir el reingreso al sistema.

Así, en materia de instrumentos de gestión ambiental, la mayoría de las modificaciones que propone la Ley N° 20.417 están enfocadas en un solo instrumento: el SEIA. No obstante lo anterior, cabe destacar la incorporación del concepto de "**mejores técnicas disponibles**" a través de la incorporación de la nueva letra m bis) en el artículo 2° de la LGBMA³⁵. De esta forma, en materia de criterios de diseño, se da un paso hacia delante atendiendo a elementos adicionales al comando y control (regulación y sanción directa), a través de la incorporación de estándares de tipo tecnológico como criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en normas de emisión.

C. Chile: Panorama actual

Instrumentos de gestión ambiental:

La regulación ambiental chilena se ha basado desde sus orígenes en estrategias de "comando y control". Observamos que la reforma a la institucionalidad ambiental mantiene dicha estrategia, no considera nuevos instrumentos de gestión ambiental, ni la utilización de otras herramientas consistentes con el fin preventivo de la normativa ambiental, y que pueden ser más eficientes, efectivas y pragmáticas, que el solo establecimiento de normas ambientales, su fiscalización y sanción.

Se pueden observar las siguientes estrategias y herramientas de regulación ambiental que se contienen en el cuerpo normativo vigente, alguna de las cuales son utilizadas frecuentemente en tanto que otras no han sido aún implementadas:

³⁵ LGBMA, Artículo 2, letra m bis "Mejores Técnicas Disponibles: la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestre la capacidad práctica de determinadas técnicas para evitar o reducir en general las emisiones y el impacto en el medio ambiente y la salud de las personas. Con tal objeto se deberán considerar una evaluación de impacto económico y social de su implementación, los costos y los beneficios, la utilización o producción de ellas en el país, y el acceso, en condiciones razonables, que el regulado pueda tener a las mismas".

- a) Normas de Emisión y de Calidad Ambiental (primaria y secundaria): Este instrumento es propio de la estrategia de comando y control. En nuestro país se debe analizar la efectividad en su aplicación y si ha cumplido los fines de evitar daños a la salud y al medio ambiente, pues muchas veces en la determinación de los límites de concentración de contaminantes no se consideran las diferentes condiciones del territorio nacional, o los efectos de un contaminante específico³⁶.
- b) Estándares Tecnológicos: Incorporados por la Ley N° 20.417, para determinar los parámetros que se establecerán en normas de emisión.
- c) Prohibición de acciones: Práctica regulatoria cuya eficiencia se basa en el necesario control por parte de la autoridad. Nuestra legislación la contempla en varios cuerpos normativos³⁷.
- d) Exigencia de evaluación del medio ambiente y su consideración como una precondition para la acción: El Sistema de Evaluación Ambiental constituye un instrumento de evaluación del efecto ambiental de los proyectos de inversión o actividades establecidas en la ley. Asimismo la Ley N° 20.417 introduce la denominada "Evaluación Ambiental Estratégica" sometiendo a evaluación ambiental a las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad.

³⁶ En este sentido Gabriel del Fávoro y Ricardo Katz en Capítulo 8 del libro del Centro de Estudio Públicos (CEP) "¿Qué hacer Ahora? Propuestas para el Desarrollo", hacen las siguientes críticas al Sistema de Generación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión: a) señalan la necesidad de que se efectúe una Modificación de procedimientos de generación de programa priorizado de normas de calidad ambiental, requiriéndose que el Consejo de Ministros de Conama discuta y dé lineamientos con relación a los niveles de riesgos aceptables (tanto con relación a la protección de la salud humana como a la protección de la naturaleza), y que el Consejo de Ministros cuente con análisis técnicos y económicos anterior a la definición de niveles de la norma (durante discusión del programa priorizado); b) las normas de emisión deben cumplir con las siguientes premisas básicas: b.i) no deben ser dictadas si no existe una calidad ambiental objetiva a lograr; b.ii) sólo deben ser dictadas para efectos de evitar latencia o eliminar la condición de saturación; b.iii) No discriminar entre actividades; b.iv) no deben ser dictadas sin una demostración de que significan mayores beneficios que costos; d) redefinir alcances de normas de referencia extranjeras. Del Fávoro, Gabriel, Katz, Ricardo. Gestión Ambiental ¿Cómo Avanzar? [pdf] Chile, 2001, pp. 274–284 <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3279.html> [consulta: 06 septiembre 2010]

³⁷ Ley N° 19.473, Ley de Caza: art. 2: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por: e) Veda: prohibición indefinida o temporal de ejecutar acciones de caza o de captura, que se establece con la finalidad de propender a la preservación o conservación de los ejemplares de las especies de la fauna silvestre"; art. 3: "Prohibase en todo el territorio nacional la caza o captura de ejemplares de la fauna silvestre catalogados como especies en peligro de extinción, vulnerables, raras y escasamente conocidas, así como la de las especies catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales o que presenten densidades poblacionales reducidas. El reglamento señalará la nómina de las especies a que se refiere el inciso anterior. Asimismo, respecto de las demás especies podrá establecer vedas, temporadas y zonas de caza o captura; número de ejemplares que podrán cazarse o capturarse por jornada, temporada o grupo etario y demás condiciones en que tales actividades podrán desarrollarse".

- e) Condiciones de acceso al mercado basadas en evaluaciones ambientales y de seguridad: Mediante este instrumento, los mercados se convierten en una fuente de incentivos para que los productores de bienes y servicios consideren la variable ambiental durante las etapas de producción. Los consumidores, cada vez más informados y organizados (ONGs, Asociaciones de consumidores), incorporan dentro de sus decisiones de consumo los efectos a la salud y al medio ambiente de los productos que incorporan, exigiendo a los proveedores que den una información fidedigna y veraz de estos elementos. (Ej. Normas para la Evaluación y Autorización de Plaguicidas, Normas del Instituto Nacional de Normalización). Consistente con lo anterior, los inversionistas exigen un comportamiento ambiental adecuado, atendidos los efectos económicos de los daños reputacionales que puede sufrir la industria, a consecuencia de la falta de condiciones de seguridad y ambiental de los productos y servicios.
- f) Instrumentos Económicos (Cap and trade, impuestos a las emisiones, entre otros)³⁸: Constituye una herramienta de política ambiental consistente en el establecimiento de límites obligatorios de emisiones, proporcionando a la vez flexibilidad en las fuentes y formas de cumplimiento. El éxito de esta estrategia es que premia la innovación, la eficiencia y la acción temprana, proveyendo de responsabilidad ambiental estricta, sin inhibir el crecimiento económico. El artículo 47 de la Ley N° 19.300 hace referencia a la utilización de este tipo de instrumentos en los Planes de Prevención o Descontaminación: permisos de emisión transables, impuestos a las emisiones o tarifas a los usuarios, en los que se considerará el costo ambiental implícito en la producción o uso de ciertos bienes o servicios, y otros instrumentos de estímulo a acciones de mejoramiento y reparación ambientales³⁹.
- g) Exigencias de identificación y divulgación de pasivos/responsabilidades ambientales y riesgos: Estrategia regulatoria basada en el ciclo de vida de productos (“de la cuna a la tumba”), regulándose tanto la etapas de producción del producto como su disposición final. En este sentido nuestra regulación la ha ido incluyendo progresivamente en la regulación de residuos y sustancias químicas. Sin perjuicio de lo anterior, el regulador nacional no ha sido lo suficientemente hábil para incentivar el rehúso, la reutilización y reciclaje de productos, careciendo nuestra regulación de normas que incentiven de forma asertiva esta actividad. Un ejemplo es la amplia definición de residuo o desecho en nuestra normativa, que en su amplitud desincentiva el reciclaje o lo grava innecesariamente. El artículo 3° del D.S. N° 148/2003 del Ministerio de Salud

³⁸ Página Web U.S Environmental Protection Agency link cap and trade home. [en línea] <<http://www.epa.gov/capandtrade/>>. [consulta: 21 Julio 2010]

³⁹ El Plan de Descontaminación de la Región Metropolitana, D.S N° 66/2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, incluye en su Capítulo X: “Instrumentos de Gestión Ambiental Complementarios”, instrumentos de esta naturaleza tales como: “Sistema de Compensaciones de Emisiones para la Región Metropolitana” (artículo 129), “APL. Acuerdos de Producción Limpia” (artículo 131).

“Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos” lo define como: *“sustancia, elemento u objeto que el generador elimina, se propone eliminar o está obligado a eliminar”*. Tal amplitud de concepto implica que se dispondrán, especialmente en el suelo, cualquier elemento, sustancia u objeto que se elimine, sin distinguirse la posibilidad de tratamiento para aquellos residuos que puedan ser reutilizados, dejándose de lado las externalidades positivas que para el medio ambiente y la industria generan procesos de esta naturaleza.

De las estrategias y herramientas de regulación ambiental mencionadas, aquellas señaladas en las letras a, c y d (normas de emisión, de calidad ambiental, prohibiciones y SEIA) son las preferidas y aplicadas ampliamente. El SEIA, concebido originalmente como uno más de los instrumentos de gestión ambiental del Título II de la LBGMA, ha pasado a ser “el instrumento” central de la gestión ambiental más aplicado y sobreutilizado. Si bien el SEIA ha sido eficiente en su rol, no puede transformarse en el eje de toda normativa y gestión ambiental. En virtud de lo anterior, se hace necesario que el regulador nacional considere la amplia gama de estrategias regulatorias que pueden incorporarse como medios para lograr el objetivo de la regulación ambiental como, asimismo, mejorar aquellos instrumentos contemplados en nuestra legislación y que no han sido utilizados en forma suficiente y efectiva.

Cumplimiento, fiscalización y sanción ambiental (“Enforcement”):

Complementan la acción de los instrumentos de gestión ambiental, las herramientas de regulación orientadas al cumplimiento, fiscalización y sanción ambiental. En este aspecto, tal como se menciona en el Mensaje Presidencial del proyecto de ley que culminó en la Ley N° 20.417, antes de la reforma, el modelo de cumplimiento, fiscalización y sanción ambiental había sido severamente cuestionado por su escasa eficiencia y alta dispersión de los esfuerzos fiscalizadores de distintos organismos⁴⁰.

⁴⁰ “Una de las ideas centrales sobre las cuales descansan los sistemas de fiscalización ambiental en los países con buenos desempeños ambientales, es su utilidad para generar incentivos al cumplimiento. Hoy el modelo chileno actúa precisamente en sentido inverso. En efecto, es un sistema que carece de la definición de adecuados programas de fiscalización, de metodologías públicamente conocidas, con énfasis en la sanción y en la fiscalización en terreno, sin modelos de integración, ni siquiera para los instrumentos de expresión multisectorial, como es el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Planes y Normas.

El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo. Éste último contempla consideraciones en materia de cumplimiento desde el momento de creación de la regulación, pasando por el diseño de instrumentos de aplicación de las nuevas regulaciones hasta los sistemas sancionatorios. La alta dispersión en materia de criterios de fiscalización se expresa también en grandes diferencias en las sanciones desde los distintos sectores, lo que claramente entrega una falta de certeza y de coherencia frente a la aplicación de la legislación ambiental. En síntesis, nuestro modelo de fiscalización es altamente ineficiente. Es necesario contar con una autoridad que unifique los criterios, procedimientos e incentivos de las normativas ambientales”. Mensaje N° 352 – 356: Mensaje S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Am-

La reforma a la institucionalidad ambiental procura hacerse cargo del diagnóstico mediante la creación de una Superintendencia del Medio Ambiente como eje organizador de las acciones fiscalizadoras en materia ambiental, dotada de facultades de fiscalización y sanción en sede administrativa. Asimismo, se establece un nuevo procedimiento de fiscalización y sanción y se aumentan las sanciones por infracciones a la normativa ambiental.

1. Herramientas nueva institucionalidad ambiental

A partir del nuevo modelo que la reforma a la institucionalidad ambiental incorpora al acervo normativo nacional, y teniendo presente que la vigencia de este modelo se podrá apreciar en plenitud con el funcionamiento de los tribunales ambientales, observamos las siguientes herramientas:

- a) Fiscalización ambiental centralizada y organizada:** La reforma considera una Superintendencia del Medio Ambiente con un rol coordinador de la gestión fiscalizadora, pudiendo dictar directrices técnicas de carácter general y obligatorio que deberán ser aplicadas por estos organismos como también por los sujetos de fiscalización; asimismo, podrá dictar normas e instrucciones de carácter general y obligatorio.
- b) Herramientas directas e indirectas de fiscalización:** La Ley N° 20.417 dota a la Superintendencia de amplias herramientas que permiten su fácil acceso a las instalaciones del regulado (solicitar auxilio de la fuerza pública; facultad de descerrajamiento sin orden judicial), y facultades que permiten la revisión, inspección y requerimientos de información (revisar instalaciones con el objeto de verificar sistemas productivos y de control; exigir, examinar y procesar los datos muestreos y mediciones y análisis que los sujetos fiscalizados deban proporcionar, citar a declarar a representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de los fiscalizados), incluyendo además la obligación legal de los responsables de colaborar en la fiscalización (bajo sanción de arresto en caso de citaciones a declarar de las personas naturales relacionadas con el fiscalizado).
- c) Potestad sancionatoria administrativa:** Se otorgó a la Superintendencia del Medio Ambiente potestad sancionadora en materia ambiental. Además, la Ley N°20.417 incorpora atribuciones adicionales: medidas provisionales y nuevos mecanismos de incentivo al cumplimiento.

biental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Santiago, 5 de Junio de 2008. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010. p.13 - 14.<<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

- Facultad de Imponer medidas provisionales: Con el objeto de evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, el instructor del procedimiento sancionador podrá adoptar *medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño, ordenar el sellado de aparatos o equipos y ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor*. Podrá, asimismo, previa autorización del Tribunal Ambiental a través de la vía más expedita, ordenar la *clausura temporal, parcial o total de las instalaciones, detener el funcionamiento de las instalaciones, y suspender temporalmente la resolución de calificación ambiental*.
- Sistema de Autodenuncia: Este sistema puede ser ejercido por el regulado antes de que se inicie la investigación, debiendo el infractor comparecer ante la Superintendencia y denunciar estar cometiendo alguna infracción. Además deberá suministrar información acerca de los hechos, poner fin a ellos, adoptar las medidas necesarias para reducir o eliminar sus efectos, y ejecutar el programa de cumplimiento al cual se obligue. El beneficio de la auto denuncia consiste en lo siguiente: al ejercerse por primera vez, el infractor será eximido de la multa; la segunda vez, se le rebajará la multa hasta en un 75% de su valor, y la tercera vez, se le rebajará hasta en un 50% del valor la multa.

El artículo 41 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente al contemplar esta institución no distingue entre la naturaleza de la infracción, lo que en la práctica podría implicar la utilización de este beneficio, sólo hasta por 3 veces durante la existencia de un regulado (no distingue que la infracción sea por actividad o proyecto), impidiendo por lo tanto una real eficacia de este sistema.

Un sistema de autodenuncia más extendido que el de nuestra legislación, además de incentivar la conducta responsable y de buena fe del regulado, fomenta la colaboración del regulado con el rol fiscalizador del Estado, pues el fiscalizador puede dirigir sus recursos hacia actividades que requieren una mayor vigilancia.

- Programa de Cumplimiento: *“Es un plan de acciones y metas presentados por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”*. Este programa de cumplimiento podrá ser presentado por el infractor en el plazo de 10 días desde que inicia el procedimiento sancionatorio, el cual será suspendido hasta que se encuentre cumplido en su totalidad dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él. Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento podrá reiniciarse en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa.

d) Aumento de sanciones en caso de infracciones: El Título III de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, establece un catálogo de infracciones (leves, graves y gravísimas), sanciones y criterios para determinar la sanción. Las sanciones que podrá imponer la Superintendencia van desde la amonestación por escrito a multa de 1 a 10.000 Unidades Tributarias Anuales, clausura temporal o definitiva y revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

2. Herramientas anteriores a la Ley N° 20.417

Además de la existencia de procedimientos administrativos de sanción sectoriales y dispersos, antes de la Ley N° 20.417 estaban ya vigentes las siguientes herramientas de cumplimiento:

a) Responsabilidad por daño ambiental. Demanda por daño ambiental e indemnización de perjuicios: Vigente desde la publicación en el año 1994 de la Ley N° 19.300, el artículo 51 de la citada norma dispone que "todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley"⁴¹. El concepto de daño ambiental se define en la letra e) del artículo 3° de la Ley N° 19.300 como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes".

Producido daño ambiental, la ley concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado (acción de reparación ambiental), lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

Para facilitar la prueba y como desincentivo a conductas contrarias al cumplimiento de la normativa ambiental, el artículo 52 de la Ley N° 19.300 establece que se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especia-

⁴¹ De acuerdo a la nueva institucionalidad ambiental establecida por la Ley N° 20.417 y el proyecto de ley que Crea los Tribunales Ambientales, Boletín N° 6747-12, el conocimiento de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente será de competencia del Tribunal Ambiental, modificándose la competencia que originalmente tenía el Juez de Letras competente. Esta modificación es de gran importancia, pues el proyecto de ley actualmente en discusión en el Congreso persigue la creación de un Tribunal de composición mixta, con miembros no sólo abogados, sino también profesionales del área de las ciencias y economía, exigiendo asimismo experiencia en temas medioambientales. La relevancia de ésta y demás innovaciones que se introducen en ésta materia es que reconoce la naturaleza técnica y científica de los asuntos medioambientales.

En cuanto al conocimiento de la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la producción del daño ambiental, será competencia (de acuerdo a lo discutido hasta hoy en la tramitación del proyecto de Ley de Tribunal Ambiental) del Tribunal Civil competente de acuerdo a las normas generales.

les para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

b) Normas penales de naturaleza ambiental: Si bien existen normas penales de naturaleza ambiental dispersas en el Código Penal y normativas sectoriales diversas, las normas penales ambientales de nuestro país no tienen su origen exclusivamente en la prevención al daño del medio ambiente, sino generalmente están destinadas a proteger otros bienes jurídicos.

Los delitos de esta naturaleza que contempla nuestra legislación se caracterizan por constituir “tipos penales en blanco”, determinándose, pero no describiéndose detalladamente, su supuesto de hecho, remitiéndose para su complemento a normas distintas y específicas en materia ambiental. Así, por ejemplo, el artículo 291 del Código Penal, ubicado entre las normas referidas a los delitos relativos a la salud animal y vegetal, expresa:

“Los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con presidio menor en su grado máximo”⁴².

Ambos sistemas, si bien son complementarios de las herramientas de gestión ambiental, no son ni deben ser el eje de la acción de la autoridad ambiental, dado que no son preventivos, sino reparadores, en tanto tienen lugar cuando el medioambiente ya ha sido afectado por una conducta no deseada. Por estos motivos es que en la técnica regulatoria estos mecanismos actúan como desincentivos de conductas ambientales no deseadas, pero no son elementos que fomenten o eduquen conductas ambientalmente responsables.

⁴² “El sistema protección penal del medio ambiente está compuesto principalmente por las siguientes normas: i) protección penal del aire y la atmósfera: artículo 496 N°s 20, 22 y 29 del Código Penal; ii) protección penal de las aguas y particularmente de las marinas: artículos 315, 317, 459 del Código Penal; iii) protección penal de los suelos y los espacios naturales: artículo 462 del Código Penal; iv) protección penal de la biodiversidad y en particular de la flora y fauna silvestres: artículos 289, 476 N° 3 del Código Penal, artículos 135, 137 y 139 Ley General de Pesca y Acuicultura, artículo 22 D.L N° 659 de 1925, Ley de Bosques; v) protección penal del medio ambiente a los peligros de las armas de destrucción masiva. Artículos 45, 47, 41, 43, 46 Ley N° 18.302 de Seguridad Nuclear”. Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno a la luz del Derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile. *Ius et Praxis*, [En Línea], Volumen 9, N° 2, 2003. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000200002&script=sci_arttext>, [Consulta: 19 Julio 2010]

Conclusiones

En nuestro país se ha desarrollado un modelo regulatorio ambiental basado principalmente en el sistema tradicional de comando y control, delegando la gestión ambiental principalmente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Hasta antes de la reforma impulsada por la Ley N° 20.417, CONAMA actuaba como comisión coordinadora de los distintos organismos con competencia ambiental, sin un rango jerárquico de Ministerio, presentando numerosas dificultades en su labor. Con la creación del nuevo Ministerio del Medio Ambiente, se reforma sustancialmente la institucionalidad ambiental variando el modelo, desde uno de coordinación hacia un modelo jerárquico, con un Ministerio dotado de facultades amplias que reúne gran parte de las competencias ambientales. Sin embargo, aún persisten numerosas competencias ambientales en diversos Servicios, lo que significará un gran desafío para las nuevas autoridades, tanto del Ministerio del Medio Ambiente como de la Superintendencia, que deberán lograr la eficacia de este nuevo sistema⁴³. En este sentido, cobra relevancia el rol de las nuevas instituciones y las personas que las integran, las que deberán asumir con determinación el cambio a un modelo jerárquico y las nuevas competencias otorgadas; lo cual supone la necesidad de difundir y promover un profundo cambio cultural al interior de toda la Administración del Estado, en particular de las antiguas instituciones que han visto reformadas sus competencias⁴⁴.

En cuanto al desarrollo de instrumentos de gestión ambiental, no se contemplan mayores innovaciones en la Ley N° 20.417, en tanto se mantiene el foco en el desarrollo y perfeccionamiento del SEIA, presentando un marcado acento en la sanción de conductas no deseadas.

Lo anterior no significa que la reciente reforma no sea valiosa, muy por el contrario, esta reforma significa un gran avance con la creación de un Ministerio del ramo, de un Servicio de Evaluación, de una Superintendencia y de Tribunales

⁴³ "El carácter transversal del tema ambiental genera retos para la gestión intersectorial, que ha conducido a la creación de diversos esquemas de organización de las agencias ambientales principales, así como a la instauración de mecanismos dirigidos a la coordinación y a la formulación de políticas más integradas". Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002. p. 70. <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>> [consulta: 08 septiembre 2010]

⁴⁴ Al respecto, conviene tener presentes las recomendaciones sobre implementación de reformas institucionales de la OCDE: "las instituciones existentes pueden ser muy fuertes y si ellas se oponen a las reformas que se han considerado, pueden actuar como verdaderas barreras a ellas". "Las instituciones son creadas y promulgadas por personas. Una reforma institucional requerirá que las personas involucradas en la institución cambien para apoyar los objetivos de la reforma o sean reemplazados por aquellos que puedan otorgar ese apoyo". OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009, p. 14. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta: 06 septiembre 2010].

Ambientales especializados, con modificaciones que apuntan a la objetividad y claridad de los procesos de evaluación ambiental, la incorporación de conceptos como las “mejores técnicas disponibles” y del desarrollo sustentable como un elemento transversal.

Sin embargo, aún se visualiza un largo camino por recorrer cuando observamos la normativa ambiental de otros países y la manera en que se han desarrollado sus procesos. En este sentido, consideramos fundamental enfocar la gestión ambiental hacia el cumplimiento de la norma y la promoción de conductas deseables ambientalmente, con el propósito de satisfacer el principal objetivo de la gestión ambiental (y la normativa) que es finalmente: la prevención. Estimamos que una gestión ambiental eficiente en el cumplimiento de sus objetivos de prevención y cumplimiento se puede lograr a través de una combinación balanceada de diversos instrumentos y herramientas, no centrada exclusivamente en un solo instrumento. Resulta, entonces, necesario considerar la complementación de esta reforma mediante la incorporación de estrategias e instrumentos de gestión que incentiven el cumplimiento y el desarrollo de conductas colaboradoras con el rol de la autoridad (como los instrumentos económicos)⁴⁵.

De esta forma, creemos que se debe tener una visión amplia de la gestión ambiental, más allá del SEIA, instrumento que se ha visto presionado por cumplir con objetivos que sobrepasan su naturaleza, producto de lo cual, muchas veces se ha visto sobrepasado, perdiendo eficiencia y eficacia. Asimismo, estimamos necesario hacer aplicables y funcionales los otros instrumentos de gestión ambiental considerados en la Ley N° 19.300, incluyendo los instrumentos económicos, en un marco de evaluación constante de su eficacia y eficiencia de los mismos y su mejoramiento continuo a la luz de la experiencia y aplicación práctica.

En este contexto, proponemos que con la puesta en marcha de la reforma ambiental se considere la incorporación de aquellas nuevas herramientas del derecho comparado que puedan ser eficaces en mejorar el desempeño ambiental, sumando más instrumentos que premien el cumplimiento del regulado y que se busquen mecanismos innovadores que consideren las características propias de cada actividad económica. Proponemos, en este contexto, estudiar la eficacia del sistema de autodenuncia que se ha regulado a través de la Ley N° 20.417 y realizar de forma oportuna las modificaciones que sean necesarias para su aplicabilidad práctica.

⁴⁵ “El mayor o menor éxito de la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental está íntimamente vinculado al marco institucional mediante el cual se implementan. Es por ejemplo, el caso de los instrumentos económicos”. OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009, p. 30. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta:06 septiembre 2010]

Consideramos también relevante desarrollar sistemas de asistencia al cumplimiento de la normativa ambiental. Sistemas que sean claros y accesibles, contando por ejemplo con guías detalladas y centros dedicados especialmente a la asistencia de los regulados, como es el caso de EPA en Estados Unidos. De esta forma, se permite a los regulados tener un conocimiento oportuno y de fácil acceso de las normativas que deben cumplir según el tipo de actividad que desarrollan. Lo anterior contribuye enormemente al objetivo de prevención.

Es fundamental realizar los esfuerzos necesarios para generar una nueva visión en los sujetos llamados a aplicar la normativa ambiental, funcionarios de los servicios públicos, encargados de la fiscalización y medición, y en general de aquellos que conformen la nueva institucionalidad. El desarrollo de una reforma como esta sólo tendrá el éxito esperado en tanto sea acompañada de una coherente aplicación de su texto, pero más importante aún, de sus principios rectores.

Sistematizando lo expuesto, y a modo de conclusión final, recomendamos considerar durante el proceso de implementación de la Ley N° 20.417, los cuatro elementos que –de acuerdo a los estudios de la OCDE⁴⁶– son necesarios para la implementación eficaz de una reforma ambiental: a) la existencia de instituciones apropiadas que apoyen la reforma en el tránsito desde la decisión hasta su implementación; b) el impacto de la reforma en los regulados y la reacción de aquellos afectados por la reforma; c) considerar en la agenda de reforma los tiempos de implementación y su interacción con las diferentes políticas públicas; y d) el rol de la información (completa y cabal) respecto de la reforma en su contenido, y en las razones de su generación, como también el apoyo de las organizaciones internacionales en su puesta en marcha⁴⁷.

⁴⁶ OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009, pp. 30 y siguientes. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta: 06 septiembre 2010]

⁴⁷ No obstante los avances registrados, los países siguen necesitando de apoyo para cumplir los diversos mandatos de sus políticas y legislaciones ambientales. La mayor parte de los países todavía no cuenta con la capacidad institucional requerida ni con los recursos necesarios para aplicar y evaluar las políticas ambientales. Los antecedentes que se presentan en este estudio señalan que, en una primera etapa, el fortalecimiento institucional ha seguido una ruta más administrativa y formal que de aplicación sustantiva. Ello ha permitido establecer leyes, instrumentos, instituciones, personal y equipos, aspectos que en el pasado no estaban disponibles para apoyar los procesos de gestión. Sin embargo, falta avanzar en la creación de procesos, basados en perspectivas estratégicas que permitan responder a los temas y problemas prioritarios en el marco del desarrollo sostenible y de ayuda a la competitividad de los países". Espinoza, Guillermo. "Evaluación de proyectos de desarrollo institucional. Un análisis comparativo". [pdf] Washington D.C., 2005. p.1. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=823519>> [consulta: 07 septiembre 2010]

Bibliografía

JAQUENOD DE ZSÔGÔN, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 1991.

Página Web. MAPA, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España. [en línea] <<http://www.mapa.es/es/ministerio/ministerio.htm>>

Página Web US EPA, United States Environmental Protection Agency. [en línea] <<http://www.epa.gov/>>

RODRÍGUEZ, Manuel; ESPINOZA, Guillermo. *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas*. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002 [en línea] <<http://www.bvsde.paho.org>>

Decreto Supremo N° 240/1990 del Ministerio del Medio Ambiente: Crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Publicado en Diario Oficial de 8 de septiembre de 1990.

PLATER, Zygmunt J.B.; ABRAMS, Robert H.; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert, *Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society*, 1998.

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 19.300. Bases del Medio Ambiente*. 09 de marzo de 1994. [pdf]. <www.bcn.cl>

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 20.417. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente*. Diario Oficial 26 de Enero 2010. [pdf] <www.bcn.cl>

Página Web *Comisión Nacional del Medio Ambiente* <www.conama.cl>

Página Web *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. <www.seia.cl>

OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Cepal, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile*. Chile, OCDE, 2005.

OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comité de Política Ambiental, Grupo de Trabajo en Políticas Ambientales Nacionales: *Making Reform Happen in Environmental Policy*. [pdf]. ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL, noviembre 2009 <www.oecd.org>

Ley N° 19.300: Ley General de Bases del Medio Ambiente. Publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994.

Ley N° 19.473: Ley de Caza. Publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1996.

D.S. N° 66/2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: *Plan de Descontaminación para la Región Metropolitana*. Publicado en Diario Oficial de 16 de abril de 2010.

Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno a la luz del Derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile. *Ius Et Praxis*, [En Línea], Volumen 9, N° 2, 2003. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000200002&script=sci_arttext>

ESPINOZA, Guillermo. *Evaluación de proyectos de desarrollo institucional. Un análisis comparativo*. [pdf]. Washington D.C., 2005 <<http://idbdocs.iadb.org>>

DEL FAVERO, Gabriel; KATZ Ricardo. *Gestión Ambiental ¿Cómo Avanzar?* [pdf]. Chile, 2001. <<http://www.cepchile.cl>>

O'RYAN, Raúl; DIAZ, Manuel; ULLOA, Andrés. *Algunas Aplicaciones de Economía Ambiental en Chile*. [pdf] Chile, 2005. <<http://www.cepchile.cl>>

BANCO INTERAMERICANO DEL DESARROLLO. *Política del Medio Ambiente y Cumplimiento de Salvaguardias*. [pdf]. Enero, 2005. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=665905>>

GRAHAM, Robert L., *Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society*. Second Edition. St. Paul, Minnesota. American Casebook Series West Group, 1998.