

REFORMA A LA SMA: MANTIENE EXCESIVAS ATRIBUCIONES

- La Comisión de Medio Ambiente de la Cámara de Diputados se encuentra votando el articulado del proyecto de ley que reforma la Superintendencia de Medio Ambiente.
- Tras su avance, persiste la preocupación respecto de ciertas facultades excesivas y desproporcionadas conferidas a la SMA, así como de la clasificación de las infracciones y las sanciones que pueden resultar aplicables, entre otras medidas.
- Adicionalmente, muchas de las normas aprobadas implican un retroceso en las garantías del sujeto fiscalizado frente a la Administración.
- Es de esperar que en lo que resta de la tramitación legislativa se corrijan estos elementos.

La Comisión de Medio Ambiente de la Cámara de Diputados se encuentra analizando y votando el articulado del proyecto de ley, ingresado por el Ejecutivo, que busca fortalecer y mejorar la eficacia de la fiscalización y cumplimiento de la regulación ambiental a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)¹.

Tras la votación de la mayoría de los artículos e indicaciones presentadas por el Ejecutivo y los parlamentarios, persisten la gran mayoría de las críticas originales².

SE MANTIENEN LAS EXCESIVAS ATRIBUCIONES DE LA SMA

Entre los elementos más problemáticos, se encuentra la facultad conferida a los funcionarios de la SMA y de otros organismos que ejerzan funciones de fiscalización subprogramada³, previa autorización del tribunal ambiental respectivo, de incautar toda clase de objetos y documentos cuando éstos sean esenciales para el éxito de la investigación. Si bien se aprobó una indicación del Ejecutivo que añade que Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de SMA, será el que proceda a la incautación (y no el funcionario mismo, como planteaba el proyecto original), los riesgos persisten. Ello, pues, quedará de todos modos a discreción de la SMA la determinación de qué objetos o documentos se

¹ Boletín N°16.553-12.

² Ver *Temas Públicos* N°1632-2, de 21 de marzo de 2024, disponible [aquí](#).

³ CONAF, SAG, Consejo de Monumentos Nacionales, Subsecretaría de Salud Pública, entre otros.

considerarán “esenciales para el éxito de la investigación”, así como también qué se entenderá por este concepto ambiguo.

De prosperar esta atribución, se requiere introducir requisitos de procedencia más exigentes o adecuados contrapesos. Por ejemplo, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), que detenta una atribución similar, tiene una regulación mucho más estricta. La incautación se acota a casos graves y calificados y de investigaciones destinadas a acreditar determinadas conductas anticompetitivas. Se requiere, además, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda según el turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección de un funcionario de la FNE, proceda a registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción⁴.

Así, se limita esta facultad a casos graves y calificados, y quien finalmente autoriza es un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que es una garantía para el fiscalizado. Asimismo, se define que el objeto es acreditar la existencia de la infracción, cuestión distinta de lo que se plantea respecto de la SMA.

Adicionalmente, se aprobó que el personal de la SMA habilitado como fiscalizador, así como los funcionarios fiscalizadores de otros organismos subprogramados, tendrán carácter de ministro de fe respecto de los hechos consignados en el acta de fiscalización respectiva y que esos hechos constituirán presunción legal. Sobre el punto, el proyecto introduce una modificación importante en relación a la ley vigente, pues, además de otorgar el carácter de ministros de fe a los funcionarios de tales organismos subprogramados, el actual artículo 8° de la Ley Orgánica de la SMA (LOC SMA)⁵ indica que los fiscalizadores de la SMA tendrán el carácter de ministros de fe respecto de hechos constitutivos de infracciones normativas. Con la modificación, cualquier hecho consignado en el acta por estos fiscalizadores constituirán presunción legal, con independencia de si constituyen infracción.

En cuanto a la potestad cautelar de la SMA, se mantienen las críticas originales. Por una parte, se aprobó que la SMA podrá adoptar medidas urgentes y transitorias (MUT) para la protección del medio ambiente y/o resguardo de la salud de las personas, cuando la ejecución u operación de las actividades por parte de sujetos sometidos a su fiscalización genere un riesgo inminente o afectación grave al medio ambiente o a la salud de las personas, sea por el incumplimiento de obligaciones establecidas en dichos instrumentos o por impactos ambientales no previstos en la

⁴ Artículo 39 letra n) del DL 211.

⁵ La LOC de la SMA está contenida en el artículo segundo de la Ley N°20.417.

evaluación ambiental o la elusión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁶. El reemplazo de “daño grave e inminente” por “riesgo inminente o afectación grave al medio ambiente o salud de las personas”, da mayor margen para la discrecionalidad de la SMA. ¿Qué se entenderá, en definitiva, por riesgo inminente?

En tanto, la SMA podrá adoptar MUT para la protección del medio ambiente o salud de las personas cuando la ejecución u operación de cualquier actividad industrial genere un riesgo grave e inminente al medio ambiente o a la salud de las personas⁷. Al permitir que las MUT sean aplicadas a “cualquier actividad industrial”, la SMA extiende sus potestades cautelares en ámbitos donde no tiene competencia, y sobre proyectos o actividades a los que la ley no les exige calificación ambiental. Por ejemplo, no queda claro qué sucede en el caso de industrias menores que operan con autorización sanitaria. No sólo hay riesgo de invadir potestades de otros organismos, sino que generará descoordinación quedando los sujetos sometidos a medidas cautelares diversas. Se suma, además, la amplitud del concepto “actividades industriales”, haciendo aún más difusos los límites de esta nueva potestad.

En definitiva, los cambios a la potestad fiscalizadora y cautelar de la SMA, implican amplios grados de discrecionalidad administrativa, lo que perjudica a los sujetos fiscalizados. Esto representa un retroceso para las garantías de los administrados.

CATÁLOGO DE INFRACCIONES, GRAVEDAD Y SANCIONES: RIESGO DE DISCRECIONALIDAD

Uno de los cambios significativos del proyecto está relacionado con el catálogo de las infracciones, su gravedad y las sanciones aplicadas.

Sobre la clasificación de las infracciones hay cambios que pueden otorgar un gran margen para la discrecionalidad administrativa. Por ejemplo, se considerará infracción gravísima el acto u omisión que, infringiendo la normativa vigente, haya causado daño ambiental, con independencia de si es reparable o no. Asimismo, se considerará infracción gravísima, el haber obstaculizado una fiscalización, lo cual será ponderado por la misma SMA. Así también, los actos y omisiones que infrinjan las disposiciones pertinentes, sólo por el hecho de ejecutarse al interior de áreas protegidas, sin autorización, pasarán a ser infracciones gravísimas. Sobre esta última propuesta, si bien se reconoce el valor de estas áreas, debiese existir un efecto adverso significativo sobre el objeto de protección para justificar la infracción como gravísima.

⁶ Nuevo artículo 3° letra g) de la LOC SMA.

⁷ Nuevo artículo 3° letra h) de la LOC SMA.

Adicionalmente, se aumentó el plazo de prescripción de todas las infracciones de 3 a 5 años de cometidas, sin mediar una justificación técnica para ello y con el acuerdo del Ejecutivo. Este cambio equipara todas las infracciones al daño ambiental. Además, la mayor tecnología, el aumento de la fiscalización de la SMA y los potenciales incentivos a la autodenuncia (todos objetivos del proyecto de ley) debieran apuntar a detectar situaciones de incumplimientos lo antes posible. En consecuencia, extender la prescripción es contraproducente con el propósito mismo de la iniciativa legal.

Por último, y respecto a las sanciones, aunque el Ejecutivo optó por mantener los topes actuales de las multas (de 1 hasta 10.000 UTA, equivalentes a más de \$8 mil millones)⁸, incorporó un mecanismo que permitiría elevar las multas al doble. Ello pues, en caso que el beneficio económico del infractor supere el límite del rango dispuesto para la infracción cometida, la SMA, por resolución fundada, podrá aplicar una multa hasta el doble del monto asignado a dicha infracción, o las sanciones de clausura temporal o definitiva o revocación de la RCA o de autorizaciones de funcionamiento otorgadas por la SMA.

Según el Ejecutivo, el alza busca disuadir, ya que se ha detectado que el beneficio económico obtenido por la infracción en determinadas ocasiones ha sido mayor al máximo de la multa que se puede aplicar. Sin embargo, es importante considerar, que, conforme al Registro Público de Sanciones de la SMA, ni en el 1% de los expedientes a la fecha que han terminado en sanción, se ha aplicado el tope máximo de la multa, lo que lleva a cuestionar la necesidad de subirlas. Además, si bien el beneficio económico obtenido con la infracción es un elemento central para determinar la sanción pecuniaria⁹ y, pese a existir una metodología para ello¹⁰, en la práctica dicho cálculo recae en un organismo cuya capacidad y conocimiento es ambiental, no económico, lo que contribuye a un mayor margen de discrecionalidad. En todo caso, si se mantiene la norma en lo que resta de la discusión, sería

⁸ Artículo 39 de la LOC SMA. Las infracciones leves podrán ser objeto de multas de 1 hasta 1.000 UTA; las infracciones graves, de hasta 5.000 UTA; y las gravísimas, de hasta 10.000 UTA.

⁹ Artículo 40 letra c) de la LOC de la SMA.

¹⁰ En Las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, de la SMA, se establece que donde uno de los factores esenciales a tener en cuenta es el beneficio económico, el cual equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella. Para su determinación, es necesario configurar dos escenarios contrapuestos: el de cumplimiento y el de incumplimiento. De la contraposición de estos dos escenarios, se distinguen dos tipos de beneficio económico de acuerdo a su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales, los cuales se definen en el documento referido (Ver [aquí](#)).

conveniente establecer a nivel legal ciertos parámetros o lineamientos que se deban considerar en la determinación del beneficio económico.

Por último, otro aspecto cuestionable es mantener la norma que establece que las infracciones gravísimas podrán ser objeto, además de revocación de la RCA, de revocación “de otras autorizaciones de funcionamiento de carácter ambiental”. Ello implica en la práctica que la SMA se inmiscuya en competencias de otros servicios.

PERSISTEN LAS RESTRICCIONES AL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

La legislación vigente contempla que, una vez iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor puede presentar un programa de cumplimiento (PDC)¹¹ y en caso de aprobarse éste, se suspende el procedimiento sancionatorio. Gracias a este diseño, el PDC es el instrumento de mayor utilización por quienes están bajo la fiscalización de la SMA, existiendo 995 aprobados desde 2012 a la fecha, mientras que en dicho periodo hubo 956 sanciones¹², 29 autodenuncias acogidas y sólo un plan de reparación¹³.

El proyecto de ley agregó restricciones para presentar un PDC. Así, no procederá en el caso de cargos gravísimos por daño ambiental y tampoco ante incumplimientos del requerimiento de ingreso al SEIA¹⁴.

En cuanto a la primera restricción, pareciera ir en sentido contrario a lo indicado en el mensaje del proyecto de ley de propender a la reparación del daño de manera anticipada, además de ser contraproducente, pues impide hacerse cargo lo antes posible del problema, versus un plan de reparación que requiere finalizar el procedimiento sancionatorio respectivo para iniciar su diseño¹⁵. Así, pareciera privilegiarse la sanción al infractor más que la reparación en forma eficiente, eficaz y oportuna del medioambiente.

¹¹ Los PDC consisten en un plan de acciones y metas con el objeto de que los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental, dentro del plazo que fije la SMA para ello.

¹² Mensaje proyecto ley de modifica la SMA (Boletín 16.553-12).

¹³ Fuente: Presentación Superintendente del Medio Ambiente ante la comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, marzo 2014.

¹⁴ La ley vigente impide presentar un PDC si los infractores se hubiesen acogido a programa de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o se les hubiese aplicado anteriormente una sanción por parte de la SMA por infracciones gravísimas y graves, o hubiese presentado con anterioridad un PDC, salvo que se tratase de infracciones leves.

¹⁵ El plan de reparación es el hito final de un procedimiento administrativo que comienza con la formulación de cargos, descargos, etapa probatoria, dictamen y resolución final.

Por otra parte, el proyecto disponía un impedimento por 3 años para presentar un PDC (en línea con el actual art. 37° que fija la prescripción de las infracciones) para presuntos infractores sancionados por la SMA por infracciones gravísimas, o que hubiesen obtenido con anterioridad la aprobación de un PDC por infracciones gravísimas o graves, o que no hayan cumplido el requerimiento de ingreso al SEIA. Sin embargo, mediante una indicación parlamentaria, la temporalidad del impedimento se extendió a 5 años, en la misma línea que la ampliación de la prescripción de las infracciones.

Sobre el principio de adicionalidad del PDC que, según el mensaje del proyecto, busca que el infractor no sólo regrese a un estado de cumplimiento ambiental, sino que mejore la situación generada por la infracción y sus efectos, fue aprobado sin contar con una definición legal expresa. Esta ausencia de contenido puede conducir a la arbitrariedad de la administración, respecto a qué medidas adicionales son suficientes para cumplir con este requisito. Además, surgen dudas respecto a cuáles son los límites de las medidas que la SMA puede exigir, en cuánto a su relación con la norma incumplida o el costo que implican, o cómo se evalúa que lo propuesto por el infractor cumpla el requisito de adicionalidad. Compartimos lo planteado por el profesor Jorge Femenías¹⁶, de que incorporar este nuevo principio supone desvirtuar la naturaleza del PDC, que es cumplir con la normativa ambiental que ha sido objeto de la formulación de cargo, es decir, volver al cumplimiento (tal como su mismo nombre lo indica). El exigir medidas u acciones adicionales podría configurar una especie de compensación ambiental, rol que le compete al SEA.

Otro aspecto controvertido aprobado fue el cambio de la voluntariedad en la presentación de un Plan de Reparación (PR¹⁷) a su obligatoriedad en los casos en que se configure daño ambiental, pues fuerza un resultado (presentar un plan) eliminando la presunción de inocencia.

SE MODIFICA EL ESTÁNDAR DE CULPABILIDAD EN LA INFRACCIÓN DE FRACCIONAMIENTO

Actualmente la SMA puede obligar a los proponentes, previo informe del SEA, a ingresar al SEIA cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo¹⁸. Aquel artículo tiene

¹⁶ Femenías, J. presentación ante la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, 15 de mayo de 2024.

¹⁷ El Plan de Reparación se regula en el art. 43° de la Ley N°20.417 y es presentado por el infractor que contiene los objetivos y medidas de reparación del daño ambiental causado.

¹⁸ Artículo 3, letra k, LOC SMA.

su equivalente en la Ley N°19.300 que dispone que los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al SEIA¹⁹.

El Ejecutivo busca cambiar el estándar de culpabilidad para configurar la infracción de fraccionamiento de proyectos eliminando la exigencia del elemento “a sabiendas”, tanto en la LOC de la SMA como en el artículo 11 bis de la Ley N°19.300. Además, en este último artículo, se elimina la excepción a la infracción vigente de fraccionamiento cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.

Con lo aprobado será irrelevante si el infractor tenía la intención maliciosa de eludir la evaluación ambiental de sus proyectos o ingresar por un instrumento distinto al que correspondía. La intención no forma parte de la conducta sancionada²⁰, siendo fundamental para la certeza jurídica reponer la redacción original a fin de que exista intencionalidad subjetiva para configurar esta infracción²¹. Además, se aprecia una falta de coordinación en la postura del Ejecutivo, pues en el proyecto que modifica al SEIA, actualmente en tramitación en el Senado, se mantiene como infracción el que maliciosamente fraccione sus proyectos para eludir el ingreso al sistema.

COMENTARIOS FINALES

El proyecto de ley que reforma a la SMA tiene luces y sombras. Sin embargo, tras su avance en la tramitación en el Congreso, el proyecto presenta más riesgos que ventajas. En particular, los cambios a la potestad fiscalizadora y cautelar de la SMA, los cambios en las infracciones y sanciones, y la incorporación de conceptos ambiguos, implican amplios grados de discrecionalidad administrativa y colocan al sujeto fiscalizado en una posición desfavorecida frente a la Administración, siendo un retroceso para las garantías de los administrados.

¹⁹ Artículo 11 bis de la Ley N°19.300: “Artículo 11 bis.- Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema. No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”.

²⁰ Claves Regulatorias Ambientales: Análisis al proyecto de ley que fortalece y mejora la eficiencia de la fiscalización y cumplimiento de la regulación ambiental. Programa de Derecho y Medio Ambiente, PUC, agosto 2024, pg. 22.

²¹ Presentación de Ignacio Urbina, Profesor Universidad de los Andes, ante la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados por el proyecto de ley Boletín 16553-12, 13 de mayo de 2024.