

¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA?

Is the application of administrative penalties the only path to mandate a project to obtain an Environmental Impact Assessment?

Jorge Precht Pizarro

jorgeprecht@gmail.com

Alejandra Precht Rorris

precht.ale@gmail.com

Profesores del Magister en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Las facultades correctivas con las que se ha dotado a la Administración, entre éstas las de dictar órdenes de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, deben ser ejercidas preferentemente como herramientas para el logro del cumplimiento de la ley, puesto que ésta interpretación responde de manera más eficiente y eficaz al resguardo del ambiente.

La Ley es clara al otorgar la mencionada facultad a la Superintendencia del Medio Ambiente, sin la necesidad que sea ejercida exclusivamente incoando un procedimiento sancionatorio.

Palabras claves: Elusión; Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; Cumplimiento; Sanciones Administrativa; Superintendencia de Medio Ambiente.

ABSTRACT

The power to issue an administrative order in pursuit of the enforcement of the environmental law must be the first approach in order to achieve its compliance, this interpretation responds in a more efficient and effective manner regarding the environment protection.

There is no room for doubts in the Law when it grants the faculty to order a project to be submitted to an Environmental Impact Assessment to the Superintendence for the Environment, without bringing an administrative punitive procedure.

Key words: Elusion; Environmental Impact Assessment; Compliance; Administrative Penalties; Superintendence for the Environment.

I. La función administrativa

El Estado en cuanto Administrador, tiene dentro de sus funciones la de resguardar para los ciudadanos el goce de bienes colectivos que la ley ha puesto bajo su tuición. Para el logro de lo anterior, en algunos casos, se le dota de facultades para autorizar actividades y posteriormente fiscalizar su desarrollo, en aras del cumplimiento de las normas y condiciones bajo las cuales fue autorizado.

Las potestades estatales, recogiendo la definición de Luis Carlos Sáchida consisten en “[e]l ejercicio de los poderes públicos por los respectivos titulares de la respectiva función, dentro del marco constitucional y legal, en orden a obtener el cumplimiento de los fines del Estado”¹.

Una de las herramientas que se entrega a la Administración es el poder de autotutela, entendiéndose por ella “la posición que tiene la Administración frente al ordenamiento jurídico y a los Tribunales de Justicia para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de terceros, aún en contra de su voluntad y, en su caso para ejecutar materialmente sus propias decisiones (...). Esto permite comprender la forma de actuar que tiene los órganos de la Administración en su relación con los particulares, con el objeto de resguardar los intereses generales que le han sido asignados, lo cual no es óbice para que tales actuaciones sean objeto de revisión ulterior por la vía judicial”². Además, “la Administración resuelve los conflictos que pueden surgir entre ella y otros sujetos, sin necesidad de acudir a los Tribunales, por lo que puede entenderse que en cierto sentido, se está otorgando su propia justicia”³.

Con todo, estrictamente hablando, en un Estado de Derecho no hay autotutelas absolutas, puesto que existen derechos públicos subjetivos que permiten ejercer el control externo de la Administración.

En el ámbito del derecho ambiental, el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de nuestro país prevé: “[e]l derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”. Este deber implica, a su vez, derechos de las personas a exigir que se garanticen con prestaciones efectivas lo que la Constitución asegura.

1 OSSA ARBELÁEZ, Jaime. “Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática”. LEGIS. Bogotá. Año 2000, p.33.

2 CORDERO, Eduardo “Derecho Administrativo Sancionador: Bases y Principios en el Derecho Chileno”. Legal Publishing. Santiago. Año 2014, p.142.

3 MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director) *Diccionario de Derecho Administrativo*. Iustel. Madrid. Año 2005, p.295.

La Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente viene a concretizar la garantía constitucional creando una institucionalidad dotada, entre otros, de poderes de autorización, fiscalización y sanción. En particular, cabe señalar que la referida Ley enumera en su artículo 10⁴ una serie de proyectos o actividades susceptibles de causar impactos y que deben obtener una resolución favorable de la Administración para poder desarrollarse, lo mismo que sus posteriores modificaciones⁵. En este caso particular, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) es el órgano encargado de otorgar dicha autorización.

Luego de iniciada la ejecución de un proyecto, el seguimiento del mismo compete a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), la que cuenta con una serie de atribuciones para la verificación y logro del cumplimiento ambiental.

II. El enforcement o cumplimiento en materia administrativa

En este artículo utilizaremos el vocablo *enforcement* o cumplimiento para englobar tanto las facultades fiscalizadoras como las sancionadoras. Sin embargo, pondremos en relieve desde ya que la finalidad correctiva es la que nos parece más importante desde el punto de vista de la Administración, pues es aquella que viene a solucionar la presión negativa que un incumplimiento normativo, incluido por supuesto las autorizaciones, produce sobre el bien puesto bajo la tuición de un órgano administrativo. Lo anterior, ya que las potestades con que son dotados los órganos de la Administración tienen su fundamento en los intereses o bienes públicos a los cuales se asocia la creación del órgano⁶.

Este tema ha tomado gran relevancia puesto que en la actualidad el sector privado desarrolla muchas de las actividades y presta servicios que en el pasado eran realizados por el Estado. Sumado a lo anterior, hoy existe un aumento en la preocupación y sensibilidad por el cuidado de los bienes colectivos como el caso del ambiente, todo lo cual ha producido una mayor regulación, destacándose eliminar la dictación del artículo 2 de la Ley

4 Lo anterior es precisado por el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, D.S. N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente (D.O. 12.08.2012).

5 Artículo 9 de la Ley N°19.300.

6 La importancia de apreciar como centro de la función administrativa el objeto protegido por ésta ha sido reconocido por la Corte Suprema en materia punitiva: *"En efecto, la infracción administrativa está constituida por una conducta que por acción u omisión vulnera el orden jurídico-en este caso el sanitario- y que se manifiesta en una lesión a un interés que la legislación pretende proteger, por tanto, no es factible de exigir una descripción específica y detallada de todas las posibles conductas constitutivas de infracción. En este escenario, para dilucidar si la conducta es merecedora de reproche, debe estarse al interés o bien jurídico que se pretende proteger en la legislación, y si éste se ha visto amagado por la actuación del actor"* (considerando quinto). Lo subrayado es nuestro. En: Ingeniería y Construcción Valmar Ltda. Con Seremi de Salud (2011). Corte Suprema. 20 de julio de 2011. Rol N°5779-2009.

Nº20.417 (La Ley Orgánica de la SMA o LOSMA) que regula las facultades en el ámbito de la fiscalización y sanción ambiental⁷.

La LOSMA avanzó en la óptica del cumplimiento, aunque de una manera incipiente pues prioriza el procedimiento sancionatorio como vía de lograr el cumplimiento y muy particularmente a través del aumento en entidad y magnitud de las sanciones.

Sin lugar a dudas, existen múltiples razones para lo anterior como, por ejemplo, la disuasión de infracciones futuras, reafirmar la vigencia de la ley y el castigo propiamente tal. Sin embargo, dichas justificaciones no deben olvidar que la finalidad de las facultades radica en la protección del medio y en ese sentido deben priorizarse las medidas más eficaces, pues una vez afectado el ambiente su restauración o reparación es siempre costosa y no carente de incertidumbres técnicas.

La Administración al ejecutar un procedimiento administrativo de cumplimiento no debe olvidar que el eje central es la prevención y la mirada es hacia el futuro o prospectiva: hacia el cumplimiento. Si bien, comparte similitudes e instituciones con el derecho penal, la gran diferencia radicaría en que el procedimiento penal tiene una finalidad represiva por sobre la preventiva y mira hacia el pasado: hacia la infracción. Ello en términos muy generales ya que el penalista puede decir que también mira hacia el futuro buscando el efecto terapéutico de la pena, esto es la rehabilitación del delincuente y el evitar que en el futuro se repitan en la sociedad hechos como los que han sido penados (el denominado fin de la pena de la "prevención general").

Los avances de la Ley Orgánica de la SMA (contenida en la Ley Nº20.417) en materia de instrumentos directos de cumplimiento, pueden ejemplificarse en las mayores posibilidades para el requerimiento de información (artículo 3 letra e); en el establecimiento de programas de cumplimiento (artículo 42); y finalmente en la materia que es objeto del presente análisis: requerir, previo informe del SEA, el sometimiento de proyectos al Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA) que conforme la Ley debieron contar con una Resolución de Calificación Ambiental (artículo 3 letra i).

La importancia de las facultades del artículo 3 antes señaladas radica en que ellas pueden tener una finalidad meramente preventiva sobre la protección del ambiente; y

⁷ Ley Nº20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación y la Superintendencia del Medio Ambiente y fija su ley orgánica (D.O. 26.01.2010).

además en el caso del artículo 3 letra i) el logro del cumplimiento normativo, lo cual esta en armonía con el Mensaje Presidencial que acompañó al proyecto de Ley.

III. Casos de estudio

En los casos particulares que veremos mas adelante, el Segundo Tribunal Ambiental (TA) reduce una de las pocas facultades para el logro de cumplimiento directo a la necesidad de un procedimiento sancionatorio, prescindiendo, además, del hecho que la Ley contempla la posibilidad que también dentro del procedimiento de fiscalización la SMA pueda ordenar el ingreso de un proyecto o actividad al SEIA.

La mencionada facultad está regulada en el artículo 3 letra i) y j) de la Ley Orgánica de la SMA la que prevé:

“La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la Ley N°19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuentan con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente.”

Lo mismo ocurre en relación a las modificaciones de proyecto:

j) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N°19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental.”

Además, la Ley prevé una sanción para los proyectos que debiendo ingresar al SEIA no lo han hecho, en particular el artículo 35 de la LOSMA:

“Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:

b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella...".

Para la finalidad perseguida en este trabajo se revisaron tres requerimientos de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en los cuales existieron pronunciamientos posteriores de los Tribunales Ambientales. Cabe señalar que luego de los pronunciamientos del Segundo Tribunal Ambiental la SMA no ha vuelto a ejercer la facultad de requerimiento de ingreso como facultad meramente correctiva.

III.I. Caso Petrobras Chile (2do TA, Rol N°14-2013, sentencia de 23 de abril de 2013)

Este caso se trata de una reclamación de la Federación de Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores I Región y del Sindicato de Trabajadores Independientes Pescadores del Morro de Iquique⁸ en contra del Oficio Ord. UIPS N°387/2013 de la SMA que dispuso el archivo de la denuncia de los reclamantes en contra de la empresa Petrobras, en tanto estimó que ésta no se vincula a los instrumentos de gestión ambiental que dicha Superintendencia tiene bajo su esfera de competencia.

Los reclamantes señalan que dicho acto no resulta ajustado a la ley por estimar que Petrobras requiere la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental.

El Tribunal Ambiental deja sin efecto el mencionado oficio por estimar que faltaron fundamentos para disponer el archivo de la denuncia y ordena a la SMA que tome las medidas necesarias y conducentes para verificar o descartar la existencia de elusión al SEIA, con lo cual concordamos plenamente.

En cuanto a la materia de este trabajo y, en la cual discrepamos, cabe citar la postura del TA sobre la imperatividad de iniciar un procedimiento sancionatorio, una vez determinada la elusión. Al efecto el TA declara que "*...si la SMA verifica los supuestos de hecho contemplados en la infracción recién descrita, conocida como elusión, debe sancionar*" (considerando décimo octavo)⁹.

8 Esta situación tiene como antecedente el derrame de petróleo ocurrido en enero de 2013, el que fue sancionado por Gobernación Marítima de Iquique mediante una multa de 115.000 millones de pesos.

9 *Inmobiliaria Alameda 2001. S.A. contra Superintendencia de Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental; 22 de mayo 2014 Rol N°15-2013.

III.II. Caso Santiago Downtown (2do TA, Rol N°15-2013, sentencia de 22 de mayo de 2014)

En este caso recurre al TA el titular del proyecto inmobiliario Santiago Downtown en contra de la Resolución Exenta N°946/2013 que requiere el ingreso de su proyecto al SEIA en uso de las facultades legales que le entrega el artículo 3 letra i) de la LOSMA.

El recurrente argumenta que el procedimiento que dio origen a la mencionada Resolución se encuentra viciado pues nunca se le notificó la existencia de un procedimiento en su contra, no pudiendo ejercer su derecho a defensa y realizar descargos. Agrega que, si bien la Ley no contempla un procedimiento para el ejercicio de la atribución del artículo 3 letra i), la SMA debió aplicar supletoriamente la Ley N°19.880¹⁰.

El TA reitera en este caso que la SMA estaba obligada a dar inicio a un procedimiento sancionador y que de haberlo iniciado no hubiese habido cuestionamiento al debido proceso. En este sentido señala que “[N]o resulta posible “constatar” que un proyecto eludió el ingreso al SEIA, si no es mediante un procedimiento sancionatorio previo que de por establecido los hechos que generan una obligación de hacerlo” (considerando décimo quinto)¹¹.

En relación a la facultad del artículo 3 letra i) el TA señala que su postura no implica afectar dicha facultad, sino “sólo implica precisar la oportunidad de ejercerla” (considerando décimo séptimo)¹², es decir, el proceso administrativo sancionador es entendido por el TA como un trámite previo al requerimiento de ingreso.

III.III. Caso Tres Bocas, proyecto Loteo Riberas de la Dehesa (3er TA, Rol N°2-2014, sentencia de 30 de mayo 2014, dejada sin efecto por la ECS, Rol N°16.706-2014 de fecha 10 de diciembre del mismo año)

Los mencionados fallos tienen su origen en la reclamación interpuesta por el titular del Proyecto en contra de la Resolución Exenta N°98 de 14 de febrero de 2014 de la SMA que requiere, bajo apercibimiento de sanción, el ingreso al SEIA del proyecto Loteo Riberas de la Dehesa; y posterior recurso de casación en el fondo interpuesto por la SMA en contra de la sentencia del Tercer Tribunal que resuelve la mencionada reclamación.

10 Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado (D.O. 29.05.2003).

11 *Inmobiliaria Alameda 2001. S.A. contra Superintendencia de Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental; 22 de mayo 2014 Rol N°15-2013.

12 *Ibid.*

En el presente caso el 3er TA no cuestiona la oportunidad ni la obligatoriedad de realizar un procedimiento sancionatorio como cuestión previa al ejercicio de la facultad del artículo 3 letra i). Sin embargo, resulta interesante analizar lo que acarrearía si se aplicara el criterio del 2do TA al caso en comento¹³.

El asunto trata de la ejecución de obras de loteo y posterior urbanización dentro del Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanter (en adelante, "el Santuario") que además tiene la categoría de sitio Ramsar desde el año 1981. En razón de las categorías de protección antes señaladas el proyecto requeriría el ingreso al SEIA según lo señala el artículo 10 letra p) de la Ley N°19.300¹⁴.

El problema radica en la falta de determinación de los deslindes del área, pues según se desprende de la sentencia del Tercer TA a la fecha de la ejecución de las obras e incluso del requerimiento de ingreso el área no contaba con cartografía oficial. En efecto, sólo después de 30 años fue fijada la cartografía del área por el Ministerio de Medio Ambiente (órgano competente para realizar la cartografía desde enero de 2010¹⁵). Lo anterior se realizó mediante Resolución Exenta N°120 de 20 de febrero de 2014, esto es con posterioridad a la resolución reclamada. Sin embargo, fue posteriormente invalidada (RE N°49 MMA de 30 de enero de 2015¹⁶) para ser finalmente fijados los límites mediante la Resolución Exenta N°41 de MMA de fecha 6 de octubre de 2015, publicado en el Diario Oficial el 16 de diciembre del mismo año.

La única información cartográfica del área, con que contaba el titular a la fecha de iniciar su proyecto, había sido elaborada en 1985 por la Corporación Nacional Forestal ("CONAF") que si bien no era el organismo competente, es en muchos casos el administrador de Santuarios de la Naturaleza. Además, el análisis de dicha cartografía por el funcionario de CONAF que había confeccionado el plano señala que el área intervenida se encontraba fuera del Santuario.

13 Se hace presente que el análisis de los hechos se basa en los constatados en la sentencia y no se ha realizado un análisis histórico de la existencia de cartografía del Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanter ni de otros antecedentes presentados en los procedimientos administrativos o judiciales.

14 El artículo 10 letra p) señala que requieren ingresar al SEIA la "Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, (...) santuarios de la naturaleza, (...) o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita".

15 Específicamente desde el 26 de enero de 2010 fecha en que se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.417 que modifica la Ley N°17.288 entregando la competencia al Ministerio de Medio Ambiente sobre estas áreas que anteriormente estaba entregada al Consejo de Monumentos, organismo dependiente del Ministerio de Educación. Es así como en la actualidad el artículo 31 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales señala que estos sitios "quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente...".

16 Diario Oficial de 24 de febrero de 2015.

Sin embargo, el TA discurre en una lógica un tanto diversa para fundar su sentencia al señalar que la cuestión no se refiere al hecho de la ausencia de cartografía, sino "*que gira en torno a si la descripción que de ella se expresa en el D.S. N°2.734, que es la representación en prosa de su delimitación oficial, ha sido correctamente aplicada por las partes al fundar la legalidad o ilegalidad*" (considerando sexagésimo cuarto)¹⁷. En este contexto, el TA estimó que debió haberse consultado al Ministerio del Medio Ambiente ("MMA") sobre los límites del Santuario, lo que no ocurrió y que a juicio del TA vicia la Resolución recurrida. El Decreto N°2.734 de 3 de junio de 1981 corresponde a la creación del Santuario.

Otro antecedente que resulta interesante es que los límites descritos, según la Ficha Informativa de los Humedales Ramsar (versión 2009-2012) elaborada por CONAF, afirma -como responsable técnico-, que el Decreto N°2734 no establece límites precisos.

El TA en definitiva anula la Resolución N°98/2014 y ordena continuar el proceso de fiscalización desde la fecha de la denuncia, no haciendo mención sobre la necesidad o no de un procedimiento sancionatorio¹⁸.

Posteriormente la SMA recurre de casación en el fondo y la sentencia del Tercer Tribunal es anulada, dictándose en reemplazo sentencia que resuelve rechazar la reclamación interpuesta por el titular del proyecto Loteo Riberas de la Dehesa. En lo que interesa esta sentencia deja sin efecto la nulidad de la Resolución N°98/2014, sin realizar ningún tipo de cuestionamiento a la orden de ingreso emanada de ella ni al modo en que ésta fue realizada, validando en los hechos la facultad correctiva de la SMA, establecida en el artículo 3 letra j) de la LOSMA.

IV. Análisis del Problema

El asunto de fondo es la posibilidad de ejercer la acción correctiva de requerimiento de ingreso al SEIA fuera del procedimiento sancionatorio ambiental.

17 *Montoya Villaroel Carlos Javier con Superintendencia del Medio Ambiente* (2014); Tercer Tribunal Ambiental; 30 de mayo 2014. Rol 2-2014.

18 Cabe hacer presente que unos días luego del requerimiento de ingreso (RE N°98/2014) la SMA dio inicio a la instrucción de un procedimiento administrativo sancionatorio por infracción al artículo 35 letra b) de la LOSMA, esto es elusión de ingreso al SEIA (ORD UIPS N°224 de 21 febrero de 2014). Dicho proceso se encuentra suspendido desde el 25 de marzo del 2014 en virtud de la falta de decreto que fija los límites (RE N°9 en ROL D-004-2014); y no obstante en la actualidad contarse con dicha delimitación, el procedimiento sancionatorio no se ha reanudado. Por su parte, el requerimiento de ingreso se encuentra vigente, pudiendo iniciarse un procedimiento sancionatorio por incumplimiento a una orden emanada de la SMA, lo cual tampoco ha sucedido. <http://www.sma.gob.cl/> (Consulta: 13 de mayo de 2016).

IV.I. En primer término nos avocaremos a la pregunta de si la SMA requiere llevar a cabo un procedimiento sancionatorio como supuesto previo al requerimiento de ingreso de un proyecto o actividad al SEIA.

Nuestra respuesta es negativa en atención a los siguientes argumentos:

a. Texto legal

Las normas de requerimiento de ingreso se encuentran ubicadas en el Título I, Párrafo 1º: "De la naturaleza y funciones". En particular en su artículo 3 que señala entre las funciones tanto las de requerimiento de ingreso (art. 3 letra i) como la de imponer sanciones (3 letra o), en un mismo nivel, sin establecer ninguna dependencia o jerarquía entre ellas.

Posteriormente, en el Título III párrafo 1: De las infracciones, se hace mención expresa en su letra b) a "*La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia, según lo previsto en las letras i)...del artículo 3º*".

El requerimiento de ingreso del artículo 3 letra i) es "bajo apercibimiento de sanción". Pero qué sentido tendría dicho apercibimiento si es siempre obligatorio llevar a cabo un procedimiento sancionatorio para verificar la elusión de manera previa al requerimiento. Lo anterior torna la norma ineficaz.

Ahora bien, un principio básico de interpretación de una norma jurídica es que en el caso de diversas posibilidades debe preferirse aquella que permita que la norma surta efecto¹⁹.

¹⁹ Esta regla de interpretación de la ley no se encuentra de una manera explícita en el Código Civil Chileno pero debe recordarse que el Código permite el recurso a la equidad natural y al espíritu general de la legislación (artículo 24). No es conforme a la razón ni al espíritu general de la legislación que el intérprete se superponga al legislador y llegue a la conclusión que el legislador dicto una norma inútil o de aplicación muy restrictiva. Es un antiguo brocardico "*Verba cum effectu sunt accipienda*". La ley debe entenderse siempre de modo que produzca algún resultado. No se ve la razón por la que esta regla de interpretación deba quedar reducida sólo a los contratos, por el sólo hecho de estar colocada en relación a los convenios (Código Civil, artículo 1562), sed contra: CS. Sentencia de abril 26/66, R.L.J. Código Civil y Leyes Complementarias, Editorial Jurídica de Chile. 1997.

b. Finalidad de la norma

La finalidad de la Ley N°19.300 es sin lugar a dudas la protección del ambiente. Su artículo 1º señala que: *"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley..."*. Dicha normativa tuvo en su primera etapa (1994/1997-2010) un gran desarrollo y aplicación en el campo de la tramitación de autorizaciones ambientales en el SEIA.

El año 2010 la Ley N°19.300 sufrió una importante modificación mediante la Ley N°20.417. Desde el punto de vista de los proyectos o actividades uno de los principales focos de este cambio fue el poner atención ya no sólo en su fase de aprobación ambiental sino también durante la ejecución de los mismos, dotando a la administración de herramientas en tal sentido y creando la Superintendencia del Medio Ambiente.

El enfoque primario fue desde la mirada del cumplimiento. Así el propio Mensaje expresaba que *"El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación..."*²⁰.

El éxito de la función de la SMA debe medirse en el cumplimiento, siendo la sanción una herramienta, pero ciertamente indirecta. Cada vez que la administración impone una sanción se trata de un fracaso en la gestión ambiental. En este sentido sería negativo reducir el uso de las herramientas correctivas y en definitiva medir el éxito de la función fiscalizadora por el número de sanciones impuestas.

El dotar a la función fiscalizadora de herramientas correctivas también fue parte de la modificación legal de la Ley N°20.417 siendo precisamente la posibilidad de solicitar el ingreso una demostración de aquello; por lo que vemos con preocupación, que el 2do TA anule la posibilidad de ejercer la función correctiva del artículo 3 letra i) en forma directa.

20 Historia de la Ley N° 20417, [en línea] http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20417&anio=2014, visitada el 5.05.2016. (Consulta: 5 de mayo de 2016), p.13.

Sin embargo, esta idea no tuvo un adecuado reflejo en el cuerpo del articulado presentado por el Ejecutivo, pudiéndose citar al efecto dos ejemplos: i) el bajísimo incentivo para realizar autodenuncias pues los beneficios que obtiene quien se autodenuncia son menores que para el caso el caso de un procedimiento iniciado de oficio o a petición de parte (se puede ver al efecto: <http://www.nuevamineria.com/revista/autodenuncia-ambiental-dónde-están-los-incentivos/> fecha: 5.09.2014); y, ii) la falta de incorporación de sanciones con repercusión directa en beneficio del medio, que permitan a quien ha sido condenado a una sanción de multa, reemplazar parte del monto a pagar por la realización de un proyecto ambiental (véase al respecto el caso de Estados Unidos a través de "Supplemental Environmental Projects Policy" en <http://www2.epa.gov/enforcement/supplemental-environmental-projects-seps>).

c. La naturaleza del requerimiento de ingreso y su diferenciación de un procedimiento sancionador

Es necesario hacer una distinción entre lo que es genuinamente un procedimiento de sanción de otras manifestaciones de autotutela administrativa.

José Suay Rincón señala como ejemplo que las medidas coercitivas *"al igual que las sanciones administrativas, se traducen en la utilización de instrumentos de fuerza y traen su causa del incumplimiento previo de una obligación (ilícito). Sin embargo, tienden a vencer ese incumplimiento y a forzar el comportamiento efectivamente debido"*²¹, agregando dentro de estos casos los de las medidas preventivas y resarcitorias.

Se pueden sumar al requerimiento de ingreso al SEA, como otras medidas de autotutela administrativa el requerimiento de caducidad de la RCA al SEA cuando hubiesen transcurrido mas de cinco años sin que se hubiese iniciado la ejecución del proyecto o actividad²².

Las sanciones administrativas son una de las expresiones de la autotutela, pero de carácter mediato y que además requieren de un procedimiento relativamente extenso y costoso, que puede en definitiva diluir la función preventiva y la eficacia de la acción administrativa en la protección del medio.

En este sentido valga citar a Alejandro Huergo Lora²³ quien señala que *"[e]l criterio más claro de distinción entre las sanciones administrativas y otras formas de intervención administrativas con las que suelen confundirse, como las medidas de policía, las de restauración de legalidad, o la revocación de ciertos actos debido al incumplimiento de sus condiciones por los destinatarios de los mismos, es que la sanción castiga o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone, mientras que estas otras medidas tienden a satisfacer intereses públicos..., con independencia de que también supongan un perjuicio para el infractor, perjuicio que no está en primer plano y que es irrelevante para la justificación de la medida"*²⁴.

21 SUAY RINCON, José. *Sanciones Administrativas*. Primera Edición. Publicaciones del Real Colegio de España. Zaragoza. Año 1989, p.60 y ss.

22 Ley N°19.300, artículo 25 ter.

23 HUERGO LARA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Iustel. Madrid. Año 2007, p. 225.

24 Con todo es necesario tener cuidado al emplear conceptos jurídicos indeterminados, como "intereses públicos". Ello no puede facultar a la Administración de una patente de curso jurídico. Véase para una profundización sobre el tema: GONZALEZ NAVARRRO, Francisco. *Derecho Administrativo Español*, Tomo III, EUNSA. Navarra. Año 1997, ps. 605 a 611.

El requerimiento de ingreso al SEIA tiene que ver directamente con la necesidad de un acto de autorización para el desarrollo de determinado proyecto o actividades (función correctiva de restauración de legalidad). Ello es precisamente lo señalado por la SMA en el caso Santiago Down Town, a saber: “[Q]ue el requerimiento de ingreso tiene su fundamento en la potestad fiscalizadora de carácter correctiva, es decir, aquella que habilita a la Administración del Estado para la adopción de medidas para el restablecimiento de la legalidad”²⁵. El procedimiento sancionatorio tiene que ver con la sanción (función retributiva).

Existe además otro procedimiento que puede llevarse a cabo independientemente del sancionatorio, nos referimos al procedimiento por daño ambiental que tiene por finalidad la reparación del ambiente a una calidad similar a la que la tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas (función reparatoria)²⁶.

En todos estos casos puede existir un ilícito administrativo pero ello no obsta a que las medidas correctivas y reparatorias pueden ejecutarse de modo independiente en tanto la naturaleza y finalidad de las mismas es diversa.

d. Jurisprudencia

Lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema en el fallo de 10 de diciembre de 2014, que rechaza el recurso de reclamación y en los hechos deja vigente el requerimiento de ingreso al SEIA ordenado mediante la Resolución N°98/2014 de la SMA, constituye un importante antecedente a favor de la tesis de la SMA y que estos autores suscriben, en orden a no hacer exigible el inicio de un procedimiento sancionatorio como requisito procedimental para ejercer la facultad que la LOSMA le otorga a la SMA en el artículo 3 letra i) y j) antes citadas.

25 *Inmobiliaria Alameda 2001. S.A. contra Superintendencia de Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental; 22 de mayo 2014 Rol N°15-2013.Sentencia TA Rol N°15-2013, (vistos, p. 6).

26 Artículo 2 y 51 y ss de la Ley N°19.300 en relación con el Párrafo 4 de la Ley N° 20.600.

e. Principios de derecho administrativo²⁷

Es necesario tener en cuenta que la aplicación de principios, herramientas y garantías establecidas en el derecho administrativo también obligan a preferir y aplicar las instancias correctivas en la fase de fiscalización ambiental.

En primer término, la eficiencia y la eficacia. La eficiencia se encuentra recogido en el artículo 3 inciso segundo²⁸, y en el artículo 5 inciso primero de la Ley N°18.575 y dice relación con que *"las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles"*. Por su parte la eficacia tiene que ver con la consecución de un fin²⁹. En este sentido, el logro de cumplimiento ambiental con un menor número de recursos (el procedimiento de requerimiento es más simple que un procedimiento sancionatorio) y de un modo directo (el ingreso al SEIA tiene una repercusión directa con la finalidad de protección ambiental, mientras que el procedimiento sancionatorio es mediata) debe siempre preferirse.

A nuestro juicio, los mandatos anteriores dan curso a la aplicabilidad del principio de oportunidad en el ámbito administrativo, incluso en el caso de la existencia de una infracción, más aún en este caso específico en que la Ley entrega una doble atribución en relación a casos de proyectos que debiendo ingresar al SEIA no lo han hecho. La autoridad puede, en aplicación de lo anterior, decidir aplicar el requerimiento de ingreso en forma independiente, conjunta (sanciona y al finalizar el procedimiento requiere, postura del 2do TA) e incluso acumulativa (requiere y en caso de no ingreso inicia un procedimiento sancionatorio por incumplimiento del requerimiento y de la obligación de ingreso).

27 Cabe precisar que sólo alguno de estos tienen la entidad suficiente para ser considerados principios jurídicos, los demás deben ser considerados principios de gestión o administración, siendo éstos herramientas para el resguardo principalmente del derecho a un debido proceso administrativo. En Chile las Leyes N°19.575 y N°19.880 son un claro ejemplo de lo que no hay que hacer en materia "principalista" produciendo en los hechos una devaluación del valor de los principios de la ciencia jurídica en comparación a los principios de otras ciencias. Ver PRECHT PIZARRO, Jorge. *Derecho Público y Derecho Privado*. "Más allá de lo público y lo privado: la buena fe", en el libro colectivo: *Derecho Público-Derecho Privado*. Thomson Reuter. Santiago. 2015, pags. 75 y ss.

28 "La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

29 En este caso resulta interesante citar por ejemplo el caso del Departamento de Recursos Naturales del Estado de Wisconsin, Estados Unidos, que muestra que la gran mayoría de los incumplimientos se solucionan mediante conversaciones y acuerdos fuera de un proceso sancionatorio con la empresa. Es así como para el año 2006 de un total de 407 incumplimientos 335 se solucionaron por esta vía (Data de Environmental Casetrack system de 1/1/2006 a 12/31/2006 para todas las regiones del Estado de Wisconsin).

Alejandro Nieto lo señala con claridad *"la Administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza para hacerlo"* y señala varias posturas acordes a la recién reseñada. Así por ejemplo, nos dice que *"En Italia, siguiendo a Zanobini, se apunta que si la imposición de penas constituye un deber para el Estado, no así las sanciones administrativas, que expresan un mero derecho subjetivo que, en cuanto tal, puede ser ejercitado o no. Mas moderna y más sencilla parece, con todo, la explicación de la discrecionalidad, sostenida ya por Borsi"*. Agrega luego que *"En cualquier caso el nombre técnico mas usual para designar el ejercicio facultativo de la potestad es el de la oportunidad"*³⁰.

Sin embargo, este no es un asunto zanjado en la doctrina y es así como se asevera que muchos *"autores (García Enterria, T.R. Fernández, Rebolledo. Gomez Puentes, Lozano Cutanda, entre otros), defienden, en tanto vinculado al principio de oficialidad, el ejercicio obligatorio de la potestad sancionatoria como exigencia del principio de legalidad"*³¹.

Estimamos que el principio de oportunidad, en el caso particular en análisis, exige a la SMA utilizar la herramienta más eficiente y eficaz, la cual puede traducirse en el ejercicio autónomo del requerimiento de ingreso del artículo 3 letra i).

Cabe hacer presente que estas decisiones son discrecionales y no arbitrarias, por lo cual, además, quedan bajo el control de los Tribunales. En este sentido valga citar a Alejandro Nieto cuando señala que *"la oportunidad debe entenderse como discrecionalidad -y, en cuanto tal, controlable- y, no como arbitrariedad"*³².

En este sentido no compartimos la postura del 2do TA que en el caso Petrobras señala que el requerimiento de ingreso es una facultad y sancionar es una función y por lo tanto es *"una acción que la SMA debe necesariamente llevar a cabo cuando se verifiquen los supuestos de hecho que justifiquen el poder sancionatorio del Estado"*, precisando que las funciones *"implican un deber funcionario relacionado con el principio de inexcusabilidad de los órganos de la administración del Estado (artículo 14 de la Ley N°19.880"*³³).

30 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionatorio*. Tecnos. 4ta edic. Madrid. 2009, págs. 131 y ss.

31 DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín (Dirección), *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Tomo I. Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia-Aranzadi-Thomas Reuters. Pamplona. Año 2009, pp. 400 y ss.

32 NIETO, Alejandro. Op. cit. (30), p. 135.

33 Artículo 14 de la Ley N° 19.880.

En el mismo sentido falla el 2º TA en el caso Santiago DownTown (en el considerando duodécimo), al señalar que lo *“que estaba haciendo era constatar un eventual caso de elusión, y como consecuencia de ello debió dar inicio a un proceso administrativo sancionador”*.

En primer término, la diferenciación entre función y facultad no está fundada en el fallo del TA, no existiendo una nomenclatura unánime ni de la doctrina ni del legislador, tal como se explica más adelante.

En segundo término, se trata de una errada aplicación del principio de inexcusabilidad, en tanto dicho principio se aplica para procedimientos ya iniciados *“La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”*.

Cabe hacer presente que en el caso particular de una denuncia, la SMA deberá revisar la veracidad de la misma y posiblemente en la mayoría de los casos iniciar un procedimiento de fiscalización, de modo de poder dar una adecuada respuesta al denunciante, pero ello no implica necesariamente el inicio de un procedimiento sancionatorio.

Por último, tampoco a nuestro juicio se vulnera el principio de legalidad. Este principio *“[e]xplica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afecten a los derechos y libertades y está conectada igualmente con la idea de habilitación: los demás poderes públicos actúan dentro de los límites que las leyes establecen y en particular, la Administración en los términos concretos que la ley se lo permite y a efectos de que use sus atribuciones para la consecución de los fines generales que la Constitución (...) y las leyes le imponen como objetivos de toda su actuación”*³⁴.

No es el objetivo de este trabajo entrar en todas las implicancias del principio de legalidad en materia ambiental y sobre todo en materia de restablecimiento de la legalidad³⁵. Pero la solución defendida en estos autores es que la Administración tiene facultades no sólo para sancionar, sino también para aplicar otras medidas de restablecimiento.

34 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit. (3), p.1937.

f. Algunas consecuencias negativas en caso de seguirse la postura del 2do TA

i) Caso Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanter

Recordemos que en este caso, el proyecto inmobiliario no ingresó al SEIA y que a la época de las obras la cartografía del sitio RAMSAR no existía, existiendo sólo la realizada por CONAF.

Estimamos que en el ámbito de un proceso sancionatorio por los hechos que se constatan en la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, el infractor pudiese ser absuelto.

Ante todo, en razón del principio de buena fe en su variante de principio de confianza legítima en la Administración. En este caso el infractor se basa en la cartografía existente elaborada por CONAF; y por lo tanto, se cumple con lo que indica Santiago Muñoz Machado "[s]e requiere la existencia de una actuación administrativa previa que funde la actuación de confianza (un acto expreso o presunto, un contrato o una información administrativa) que por condicionar la aplicación futura del ordenamiento que en un caso concreto pueda asimilarse a un acto administrativo"³⁶.

Además resulta interesante considerar que "el año 2005, CONAF cumplió el rol de Secretaría Técnica de la Convención de los Humedales en Chile. A partir de ese año y hasta la fecha, con la conformación del Comité Nacional de Humedales, CONAF ha ocupado la Secretaría Técnica de dicho Comité, el cual es coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente"³⁷.

A nuestro juicio, haciendo un símil con el derecho penal nos encontraríamos frente a la figura del error de tipo, que trae como consecuencia la inculpabilidad. El error de tipo se da cuando "[o]bre la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal"³⁸.

35 Para una profundización puede consultarse: de Tomas Cano Campos la voz "Medio Ambiente, Potestad Sancionadora" en la obra de LOZANO CUTANDA, Blanca. *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Iustel. Madrid. 2010, páginas 556 a 578, especialmente página 568-569. Afirma Cano: "La medida de restablecimiento de la legalidad como su propio nombre lo indica tiende a la cesación, revocación o reparación del estado de las cosas (hechos, actos, normas) contrario al ordenamiento jurídico y lo hace bien de forma directa mediante una tutela reintegradora (exigiendo la conducta conforme al ordenamiento, reponiendo los recursos naturales a su estado originario), bien mediante una tutela tipo resarcitoria (indemnización del daño causado o del los costos de las medidas preventivas o reparadoras del daño ambiental)", pág.568.

36 Este sitio Ramsar está bajo responsabilidad de CONAF. [en línea] <http://www.conaf.cl/parques-nacionales/conservacion-de-humedales/> (Consulta: 15 de mayo de 2016). La vinculación de CONAF llega a tal grado, que el propio TA lo ofició solicitándole cartografías del área, incluso las referida a la que se adjunta a la ficha Ramsar del área.

37 Información disponible en <http://www.conaf.cl/>.

38 Palma del Teso, en OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática*. Bogotá. Año 2000, p. 350.

La posibilidad de aplicar exenciones de responsabilidad en un proceso administrativo sancionatorio no está regulada en las leyes ambientales. Sin embargo, tal como lo han reconocido el TC, Sentencia Rol N°480-2006³⁹ y los Tribunales Ordinarios los principios del derecho penal se pueden aplicar de forma matizada por ser la infracción-sanción administrativa manifestación del ius puniende del Estado.

Además debe tomarse en cuenta que la administración no puede aprovecharse de su propia desidia tanto en la falta de elaboración como en el envío de la cartografía, a la Administración del Tratado⁴⁰. Lo anterior debió haberlo realizado el año 1981.

Por otra parte, en este caso se pueden invocar la obligación de coordinación y unidad de acción de la Administración. Al respecto el artículo 5 inciso segundo de la Ley N°18.575 lo señala expresamente. Existe una falta de coordinación en la gestión de las competencias por la elaboración del plano, en tanto no consta ninguna gestión de reclamo de los organismos competentes en contra de CONAF⁴¹, quien como hemos dicho participa en la gestión del área protegida. En este sentido se puede argumentar que el particular cumple con el estándar de diligencia necesaria al cotejar la información de su proyecto con los planos elaborados por CONAF.

Por último, se puede alegar la violación a la obligación de transparencia en razón de la falta de cartografía del Santuario pues esta atenta contra del mandato que establece la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública⁴² que señala en su artículo 3 lo siguiente: "*La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella*". Lo anterior, está agravado pues según lo señalado por CONAF los límites establecido en el D.S. N°2734 que crea el área no son claros, lo que releva aún más la necesidad de la cartografía. Dicho principio se encuentra también consagrado en el artículo 3 de la Ley N°18.575.

En otro orden de ideas, es importante precisar que el hecho que el infractor pudiese ser absuelto por las razones esgrimidas, no es excusa a que deba ingresar su proyecto al SEIA; y para ello es fundamental entender que las facultades del artículo 3 letras i) y j) pueden ser ejercidas en forma independiente de un proceso sancionatorio.

39 Iberoamericana de Energía IBENER S.A. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de de los artículos 3º, N° 17, inciso 4º, y N° 23 inciso 1º; del art 15; 16, N° 2, de la Ley 18,410; y el N° 1 del art. 81 del DFL, N° 1 de 1982 (2006). Tribunal Constitucional. 26 de julio de 2006. Rol 408-2006.

40 Referido a la Convención Ramsar relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas, Ramsar, Irán, 2 de febrero de 1971. Fue aprobada como Ley de la República en septiembre de 1980 y promulgada a través del D.S. N°771 de 1981 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

41 La fecha de designación del sitio es el 27 de julio de 1981.

42 Diario Oficial 20 de agosto de 2008.

ii) Prescripción

La necesidad del procedimiento sancionatorio como supuesto base para el ejercicio de la potestad de requerimiento de ingreso al SEIA, puede limitar su aplicación al quedar sometida indirectamente al régimen de prescripción de las infracciones administrativas. En efecto el artículo 37 de la LOSMA señala que éstas prescriben "a los tres años de cometidas".

La naturaleza diversa de las sanciones administrativas y el requerimiento de ingreso trae consigo determinar que en el caso del requerimiento señalado no se aplica la norma de prescripción. Lo anterior, puesto que ella constituye un régimen de excepción al *ius puniendi* pero no es extensible a otras facultades de autotutela. En este sentido el Dictamen N°22483/2011 de la Contraloría General de la República señala "*que las reglas de prescripción pertinentes no se aplican en materia de reintegros debido a que éstos no comparten la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas*", precisando más adelante "*que la orden de reintegro dispuesta en las resoluciones en comento, responde a una potestad de resguardo o defensa del patrimonio público que no importa en su esencia la aplicación de una sanción administrativa*".

IV.II. En segundo término, en cuanto al procedimiento idóneo para ejercer la facultad de requerimiento de ingreso al SEIA, cabe precisar:

El propio artículo 3 letra i) de la LOSMA exige que dicho requerimiento sea mediante una resolución fundada, previo informe del organismo competente (SEA)⁴³; y por tanto, se cuenta con hechos determinantes y habilitantes para requerir el ingreso del proyecto o actividad; pudiendo agregarse la garantías de bilateralidad que contempla la Ley N°19.880.

De estimarse que se requiere un procedimiento específico, sería en todo caso aplicable lo dispuesto en el artículo 62 de la LOSMA: "*En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la Ley N°19.880*". Esta última establece igual disposición y regula un procedimiento administrativo en su Capítulo II, el que cuenta con las etapas de iniciación, instrucción y finalización y debe resguardar las reglas procedimentales establecidas en los artículos 4 y siguientes; como por ejemplo la escrituración y la contradictoriedad.

43 El SEA tiene entre sus facultades "La administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (artículo 81 letra a de la Ley N°19.300), en este sentido el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental señala que "(...) los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (artículo 26 D.S. N°40/2012).

No obstante lo antes mencionado, en este caso en particular debe considerarse especialmente, por tratarse de una orden administrativa, la regla de no formalización del procedimiento establecida en el artículo 13 de la Ley Nº19.880: "*El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares*". En el mismo sentido el inciso segundo del artículo 8 de la Ley Nº18.575 prevé que los procedimientos administrativos "*deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos*".

IV.III. Por último debemos responder a la pregunta si la SMA está obligada a sancionar un proyecto que no ha ingresado al SEIA

Algunos de los argumentos esgrimidos para responder la primera pregunta referida a si se requiere llevar a cabo un procedimiento sancionatorio como supuesto previo al requerimiento de ingreso al SEIA se pueden utilizar en este caso para constatar que la administración no se encuentra obligada a sancionar el mencionado incumplimiento. En especial los referidos a la eficiencia, eficacia, oportunidad, proporcionalidad y razonabilidad, como de la distinta naturaleza del procedimiento sancionatorio y el acto de requerimiento de ingreso.

Repetimos que el TA hace una distinción entre atribuciones y funciones, señalando que la de sancionar se encontraría en esta segunda categoría y que ello gatilla que sea obligatorio sancionar, es decir, que al estar habilitado el órgano público siempre debe ejercer esa facultad. Hay aquí un salto lógico ya que no siempre el estar habilitado por una norma exige para el órgano público la obligación jurídica de usar dicha facultad. Cabe hacer presente que la Ley no hace distinción alguna, tal como se desprende de la lectura del artículo 3 antes citado, a saber: "*La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones*"⁴⁴.

44 No existe un tratamiento uniforme para dichas expresiones. En varias normas el Legislador ocupa dichos términos como sinónimos. Entendemos por función la finalidad u objetivo para el cual fue creado el órgano y como atribución las facultades con las que se ha dotado al órgano o funcionario públicos para el logro de su función. En este sentido no lo entendemos como algo antagónico (facultativo en contraposición a obligatorio) sino mas bien complementarios. Sin embargo, no hay unanimidad en la interpretación. Una definición de dichos términos la encontramos en: Ministerio del Interior-Universidad Central de Chile. *Diccionario de Administración Pública Chilena*. LOM Ediciones. Santiago. Año 2002. En primer lugar señala que la Función es la "Capacidad de acción o acción propia de una institución o unidad organizacional que, en su conjunto, contribuyen al logro de los objetivos de una organización superior. Es el conjunto de tareas que debe realizar de manera sistemática y reiterada una institución o unidad organizacional". Luego define Función Administrativa como "Conjunto de actividades que tienen por finalidad cumplir las disposiciones de la autoridad política y atender las necesidades nacionales, regionales, provinciales y locales, de manera continua y permanente. Por último, Atribución es definida como la "Facultad, derecho o atributo que posee una persona por el hecho de ocupar un cargo determinado".

En este sentido, queda claro que el ordenamiento no entrega ninguna clase de criterio para atribuirles significado preciso a ninguna de esas expresiones, mucho menos para hacer una diferenciación tan tajante como la que pretende el TA.

De una revisión somera de las leyes de superintendencias, queda en evidencia que no hay fórmulas sacramentales. Por ejemplo, la de la Superintendencia de Electricidad y Combustible (Ley N°18.410), no encabeza el catálogo de potestades con que cuenta, con ninguna de esas expresiones. Dice simplemente que a esa Superintendencia, "le corresponderá" (...) y a continuación viene un catálogo.

Otras leyes, de Superintendencias, como la Superintendencia de Administradoras de Fondo de Pensiones (Ley N°20.255) y la de Casinos (Ley N°19.995) utilizan también la frase copulativa "funciones y atribuciones" (al modo de la SMA). Sin embargo, en ninguno de esos textos se consignan criterios para hacer una distinción entre ambos (al igual que en SMA). De ahí que lo lógico es que se les entienda como sinónimos.

Pero el mejor ejemplo de que no hay una diferencia sustantiva entre ambas expresiones, es que también hay casos en que el legislador las emplea en modo diverso, señalando que las "atribuciones", son medios que tiene el órgano para cumplir sus "funciones". Así acontece en el art. 49 de la Ley N°20.529, que Crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización (materia en la cual crea la Superintendencia respectiva). En este artículo, el catálogo de "potestades" de la Superintendencia, se encabeza con la siguiente frase: "*Art. 49. Para el cumplimiento de sus funciones, la Superintendencia tendrá las siguientes atribuciones (...)*". Adherimos a este criterio diferenciador, pero en el caso del artículo 3 de la SMA el Legislador no realizó distinción alguna.

Es en este sentido que opinamos que en los casos en análisis el Segundo Tribunal Ambiental ha efectuado una reducción voluntarista afectando la finalidad ambiental posible y más efectiva.

Por último y sólo como un ejercicio de extrapolación de la aplicación del criterio del TA a otras áreas del derecho y fuera de la competencia de dicho Tribunal daremos un par de ejemplos.

La interpretación del TA que "*si la SMA verifica los supuestos de hecho contemplado en la infracción recién descrita, conocida como elusión, debe sancionar*" (considerando décimo

octavo)⁴⁵, podría concluir que no estaría permitido a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) la dictación, del Oficio Circular N°40 de 14 de abril de 2014 por medio del cual se solicita regularizar la oferta relativa a las "redes sociales gratis" que ciertos proveedores de acceso a internet móvil ofrecen, por ser contraria a la Ley de neutralidad.

En el oficio se indica que *"la conducta descrita, habilita por sí misma para proceder infraccionalmente (...). La presente orden se efectúa bajo apercibimiento de lo previsto en el Título VII de la Ley General de Telecomunicaciones"* (lo subrayado es nuestro). Dicha orden la dicta la SUBTEL en razón de las facultades que le otorga el Decreto Ley N°1762 de 1977, que señala que dicha repartición debe *"Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, normas técnicas y demás disposiciones", para lo cual puede, entre otras cosas "adoptar todas las medidas que sean necesarias y aplicar las sanciones administrativas que se establezcan en la legislación respectiva"*.

Cabe hacer presente que en este caso la autoridad conoce al menos a algunos de los infractores al señalar en dicho Oficio que *"[e]sta Superintendencia en el marco de sus competencias ha detectado la existencia de ofertas comerciales por parte de las concesionarias que han publicado por diversos medios y en particular en su sitio web como ofertas promocionales, en cuya virtud se ofrece a los usuarios que cuenten con un terminal inteligente, navegación sin costo en redes sociales delimitadas, bajo la única condición de efectuar una recarga o bien comprar una bolsa de internet móvil"* para luego agregar que *"[l]a estructura de la oferta en comento, importan a juicio de esta autoridad una contravención a las normas que en la especie regulan y prohíben conductas discriminatorias de contenido"*⁴⁶.

También podrían verse afectado los cronogramas de cumplimiento aplicados en el ámbito de los servicios sanitarios. Es así como la Ley N°19821 en su artículo 11 letra d) inciso segundo establece: *"Si de la fiscalización, de los informes periódicos que debe emitir el generador de residuos industriales líquidos o de los muestreos y análisis adicionales resultaren infringidas las normas de emisión o la normativa vigente, la Superintendencia le dará un plazo para que subsane la situación, sin perjuicio de las sanciones que le pueda imponer, de conformidad a la ley"*. La práctica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios es que no siempre se sanciona, sino que a veces se espera el cumplimiento del cronograma por parte del regulado.

45 *Federación de Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores I Región y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental. 23 de abril 2014. Rol 14-2013.

46 Oficio Circular N°40/DAP 13221/F-51 de 14 de abril de 2014 de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Conclusión

En el caso que un proyecto no ingrese al SEIA debiendo haberlo hecho, la Administración tiene facultades no sólo para sancionar, sino también para aplicar otras medidas de restablecimiento que pueden ser acumuladas con mecanismos sancionatorios, pueden coordinarse entre ellos, o actuar independientes unos de otros.

En ninguno de los supuestos casos nos encontramos ante una situación de inactividad de la Administración, sino muy por el contrario. La Administración dentro de un catálogo de atribuciones escoge la que le parece más adecuada para el logro de sus objetivos. El ejercicio de la discrecionalidad es necesario para hacer frente a necesidades múltiples y cambiantes en materia ambiental. Es por ello que se requiere cierto nivel de flexibilidad, que en ningún caso ampara a la Administración para actuar arbitrariamente, prescindiendo de fundamento y razonabilidad. Lo que debiera importar y por lo que debiera ser evaluada la Administración y sus funcionarios es por el nivel de cumplimiento de las normas y autorizaciones ambientales y no por el número o monto de las sanciones administrativas.

Esperamos que en aras de la protección ambiental, la SMA vuelva a ejercer la potestad de requerimiento de ingreso a proyecto al SEIA, logrando un pronunciamiento favorable del Tercer Tribunal Ambiental y la modificación de la postura del Segundo Tribunal. Lo anterior, en virtud de lo esgrimido en este artículo y muy especialmente de la falta de cuestionamiento de esta potestad por parte de la Excelentísima Corte Suprema.

Recibido: 17 de mayo de 2016.

Aprobado: 21 de junio de 2016.