

OPINIÓN LEGAL

REGLAMENTO QUE AUTORIZA MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE RESIDUOS

La Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje A.G. (ANIR) ha solicitado nuestra opinión en Derecho Público respecto de la propuesta de “Reglamento que regula el movimiento transfronterizo de residuos” (el “Reglamento”) que, con fecha 14 de julio del presente, fuera objeto de un pronunciamiento favorable por parte del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático (el “Consejo de Ministros”), mediante el Acuerdo N° 14/2022 (el “Acuerdo”).

De manera específica, se nos ha pedido examinar tres aspectos jurídicos precisos relacionados con este:

- i. En primer lugar, si el Reglamento satisface (o no) el mandato legal definido en el artículo 8° de la Ley N° 20.920, que “Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje” (“Ley REP”).
- ii. Segundo, la relación que existe entre la norma referida (el artículo 8° de la Ley REP) y el Convenio de Basilea en cuanto a la eliminación y valorización de residuos peligrosos y el marco regulatorio aplicable para la exportación e importación de estos para el proceso de valorización.
- iii. Finalmente, en tercer lugar, la naturaleza y efectos jurídicos del Acuerdo del Consejo de Ministros que se pronuncia favorablemente respecto del Reglamento; específicamente la posibilidad de que este sea modificado en su tramitación administrativa previo a su envío a la Contraloría General de la República para su toma de razón, y los márgenes o límites tolerados para tal modificación.

Nuestro análisis se desarrollará a continuación de manera ordenada en tres secciones respecto de cada tópico. Finaliza con una sección de conclusiones.

1. El Reglamento viene a satisfacer íntegramente el mandato legal consagrado en el artículo 8° de la Ley REP, regulando los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de exportación, importación y tránsito de residuos, incluyendo la regulación de las garantías asociadas.

1.1. Identificación de los mandatos de la Ley REP al Reglamento.

El artículo 8° de la Ley REP, regula las obligaciones de los importadores y exportadores de residuos, remitiendo a un decreto supremo, expedido por el Ministerio del Medio Ambiente y firmado además por el Ministro de Salud, la regulación de los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de exportación, importación y tránsito de residuos, el que deberá incluir la regulación de las garantías asociadas.

En efecto, para desarrollar el conjunto de obligaciones para importadores y exportadores de residuos la norma referida se estructura en seis incisos, en los términos siguientes:

“Los importadores y exportadores de residuos se registrarán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por las demás normas legales y reglamentarias que regulen la materia.

Se prohíbe la importación de residuos peligrosos para su eliminación. La importación de residuos peligrosos para su valorización sólo será autorizada si se acredita ante el Ministerio del Medio Ambiente que aquella será efectuada por gestores autorizados que cuenten con una resolución de Calificación Ambiental que los habilite para tal efecto.

Mediante decreto supremo, expedido por el Ministerio y firmado además por el Ministro de Salud, se establecerán los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos, el que deberá incluir la regulación de las garantías asociadas.

Cuando la autoridad correspondiente advierta que un importador o exportador no cuenta con la autorización señalada en el inciso precedente, el Ministerio podrá adoptar las medidas necesarias para el adecuado manejo de los residuos, a costa del infractor, debiendo siempre manejar los residuos de manera que garantice la protección del medio ambiente y la salud de las personas.

El Ministerio estará facultado para denegar fundadamente las autorizaciones de importación y exportación, cuando existan antecedentes de que los residuos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional.

Todo importador y exportador de residuos deberá informar, al menos, el tipo de residuo, cantidad, origen, tratamiento aplicado, incluyendo el destino de los residuos generados, cuando corresponda, a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes.

El mandato contenido en el artículo 8° de la Ley REP, que es la idea matriz o fundamental que orienta al Reglamento, debe ser comprendido a la luz de otras reglas de este cuerpo legal que también precisan tal mandato. Así, destacan:

- i. El artículo 1° de la Ley REP que dispone como objeto central de esta normativa *"disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente"*.
- ii. Adicionalmente, el cumplimiento del objetivo general del artículo 1° es complementado con una serie de principios, desarrollados en el artículo 2° del mismo cuerpo legal, destacando el principio de jerarquía (art. 2°, letra d). Así, el fomento a la valorización -reutilización, reciclaje y otros tipos de valorización- de residuos constituye el núcleo de este principio (y de esta ley) en el manejo de residuos, y que mandata como primera alternativa la prevención en la generación de residuos, luego la reutilización, el reciclaje de estos o de uno o más de sus componentes y la valorización energética de los residuos, total o parcial, dejando como última alternativa su eliminación. Junto con este principio (de jerarquía), el artículo 2° agrega otros relevantes: el que contamina paga, libre competencia, jerarquía en el manejo de residuos, transparencia, trazabilidad, entre otros.
- iii. Asimismo, la Ley REP define en su artículo 3° N° 30, el concepto de valorización como *"conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y, o el poder calorífico de los mismos"*. Agregando que *"la valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética"*.

- iv. El artículo 4°, por su parte, señala que todo residuo potencialmente valorizable deberá ser destinado a tal fin evitando su eliminación, lo cual fortalece e indica que legalmente hay una posición sumamente relevante de este conjunto de acciones sobre los residuos.
- v. Por otra parte, el Título VI de la Ley consagra el régimen de fiscalización y sanciones, en el que establece la competencia de la Superintendencia de Medio Ambiente para fiscalizar y sancionar, entre otras, infracciones gravísimas, graves y leves, según el catálogo de infracciones que detalla el artículo 39°. Las sanciones establecidas en el artículo 40° son la amonestación por escrito y la multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales, y para aplicarlas la Subsecretaría tendrá en cuenta a) el beneficio económico del infractor; b) conducta del infractor; y c) la capacidad económica del infractor, excepto en el caso del sistema de gestión colectivo. Incluso, la ley, en su artículo 44°, establece responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos.
- vi. Finalmente, hay que destacar que, del conjunto de reglas examinadas, aunque principalmente del artículo 8°, se manifiesta con claridad que existe un doble modelo de autorización:
 - a. Modelo restrictivo para importaciones de residuos peligrosos para su valorización, que es un modelo de prohibición que excepcionalmente puede ser levantada para autorización. Para su autorización deberá acreditarse ante el Ministerio del Medio Ambiente que aquella operación será efectuada por gestores autorizados que cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental que los habilite para tal efecto.
 - b. Modelo de autorización para exportaciones de residuos peligrosos para su valorización, esto es, es un modelo que lo permite y excepcionalmente puede ser restringido. Ante esto, un decreto supremo establecerá los requisitos, exigencias y procedimientos para dicha autorización.

En consecuencia, la Ley REP, tanto en su artículo 8° como a la luz de otras normas de esta, orienta el contenido preciso del Reglamento objeto de nuestro análisis.

1.2. El Reglamento recoge a cabalidad los mandatos legales de la Ley REP.

Como se demostrará a continuación, el conjunto de parámetros exigentes definidos por la Ley REP, se ven reflejados a cabalidad en el Reglamento, el que viene a estructurar una

estricta regulación para la importación y exportación de residuos peligrosos, que contiene restricciones y limitaciones, tanto procedimentales y sustantivas que tienen por objeto dar cumplimiento a nuestra normativa ambiental y a las obligaciones internacionales suscritas.

Destaquemos algunos de las reglas más relevantes del Reglamento, y cómo cumplen el mandato de la Ley REP:

- i. El Reglamento, en su artículo 4°, solo permite la exportación de residuos peligrosos para su valorización a países que sean miembros de la OCDE, de la Comunidad Europea o Liechtenstein, esto en conformidad con el artículo 8 de la Ley REP.
- ii. Por otro lado, los principios contenidos en el artículo 2° de la Ley, son desarrollados por el Reglamento de manera precisa. Ejemplo de ello, los de transparencia y publicidad, libre competencia y trazabilidad:
 - a. La *transparencia y publicidad*, dos principios que la ley contempla conjuntamente, orientan el Reglamento de dos maneras precisas, dotándolo de legitimidad frente a la comunidad. Primero, desde el punto de vista de la información que debe entregar el solicitante o exportador, la cual, además de estar estrictamente regulada en la ley, será puesto en el sitio electrónico del Ministerio una copia de uno de los principales documentos que debe entregar el solicitante, con la debida reserva de la información protegida por la ley. Además, el artículo 19 exige que el exportador informe anualmente a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes los residuos exportados, indicando al menos el tipo de residuo, cantidad, origen, tratamiento aplicado y destino. Segundo, respecto de la obligación del Ministerio de mantener acceso público a la información, en especial la información sobre los movimientos transfronterizos que se hayan autorizado, a excepción de aquella que según la ley se considere reservada o secreta o a petición de algún interesado, debido a una causal de reserva.
 - b. Por su parte, el *principio de trazabilidad* considera el conjunto de procedimientos preestablecidos y autosuficientes que permiten conocer las cantidades, ubicación y trayectoria de un residuo o lote de residuos a lo largo de la cadena de manejo. Este principio está contemplado en el Reglamento respecto de la regulación de exigencias sobre el solicitante de exportación de residuos peligrosos. Al momento de presentar la solicitud, se debe detallar la o las rutas de tránsito internacional, especificación de los medios de

transporte previstos, descripción de la o las rutas a utilizar dentro del territorio nacional, indicando el o los puntos habilitados de salida, informar la proporción de residuos valorizables en relación con los no valorizables y el método de eliminación previstos para estos últimos, y un especificar un plan de contingencia. Asimismo, una vez conseguida la autorización, el exportador tendrá diez días antes del inicio del transporte para entregar el formulario de movimiento, en el que se informará sobre la cantidad, características y destino de los residuos. Y, posterior a la recepción de residuos, el exportador deberá mantener informado y confirmar la recepción, además de informar al Ministerio respecto de la finalización de la valorización. De esta forma, podemos observar que el Reglamento contempla mecanismos para asegurar el conocimiento de las cantidades de residuos, su ubicación y trayectoria, a lo largo de la cadena de manejo de estos.

- c. También se contempla *el principio de libre competencia*. Incluso este tiene una participación institucional sumamente relevante, dado que se oyerá previamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los casos de decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas, dentro de los sistemas de gestión, esto para efectos de evitar distorsiones de mercado que podrían afectar la libre competencia en los términos establecidos en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973 (DL N° 211).

- iii. El artículo 23° del Reglamento contiene las garantías que el exportador debe presentar con la finalidad de cubrir los costos ocasionados en caso de que el movimiento transfronterizo, la valorización o la eliminación no puedan llevarse a cabo de acuerdo con la autorización o el movimiento transfronterizo incumpla las disposiciones del propio Reglamento o la normativa vigente. Estas garantías podrán ser pólizas de seguros, boletas bancarias, vales vistas o depósitos a la vista, deberán ser tomadas por el propio interesado y deberán ser pagaderas a la vista, o cualquier otro instrumento pagadero a la vista, tener el carácter de irrevocables, estar expresadas en pesos chilenos, con una vigencia no inferior a 60 días hábiles posteriores a la finalización de la operación de valorización o eliminación, extendida nominativamente a favor de la Subsecretaría del Medio Ambiente. La devolución del instrumento entregado tendrá lugar una vez que el Ministerio haya recibido el certificado de valorización o eliminación, según corresponda. El Reglamento

específica que esta deberá cubrir: a) costos de transporte; b) costos de valorización o eliminación de las operaciones previstas o los costos de la devolución de los residuos; y c) costos de almacenamiento por hasta 90 días.

- iv. El Reglamento incorpora explícitamente el régimen de sanciones establecido en la Ley REP. En el Título VII sobre otras disposiciones, el artículo 54° establece que el movimiento transfronterizo ilícito, así como la contravención a los deberes de información asociados al movimiento transfronterizo regulados en el presente reglamento, constituirán infracciones según lo señalado en el artículo 39° de la Ley REP.
- v. Finalmente, el Reglamento diferencia claramente, a partir de la distinción establecida en la Ley REP, entre el régimen de autorización diferenciado para importación y exportación.
 - a. El artículo 6° del Reglamento, sobre importaciones, admite el régimen exigido por la Ley REP en el sentido que prohíbe la importación de residuos para su eliminación y, para la valorización solo será autorizada si se acredita ante el Ministerio del Medio Ambiente que aquella operación será efectuada por gestores autorizados que cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental que los habilite para tal efecto y cuenten con las demás autorizaciones que exige la normativa vigente. En esta línea, el Reglamento contempla el Párrafo 3° de la Importación, en el que establece las reglas y procedimientos específicos para la autorización de dicha operación.
 - b. Mientras que, el artículo 4° del Reglamento, sobre exportaciones, permite la exportación para la valorización de residuos, en caso de que el exportador acredite que el destinatario se encuentra autorizado, de conformidad con el Reglamento y la legislación nacional aplicable, y que se someterá los residuos a un manejo ambientalmente racional. El Párrafo 2° del Reglamento, sobre Exportación, establece las reglas y procedimientos específicos para la autorización de dicha operación.

En consecuencia, el Reglamento viene a satisfacer íntegramente el conjunto de mandatos consagrados en el artículo 8° de la Ley REP, orientado por otras reglas de este cuerpo legal (antes examinadas), regulando los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de exportación, importación y tránsito de residuos.

2. El Reglamento no solo se ajusta plenamente a la Ley REP, sino que cumple con las obligaciones internacionales del Estado de Chile, siendo plenamente compatible con el Convenio de Basilea y los estándares OCDE.

Como se mencionó anteriormente, la Ley REP en su artículo 8° contempla que en materia de importaciones y exportaciones de residuos se aplica lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. En efecto, el artículo 8° inc. 1 dispone que: *"Los importadores y exportadores de residuos se registrarán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por las demás normas legales y reglamentarias que regulen la materia"*.

El Convenio de Basilea fue suscrito por el Gobierno de Chile el año 1990, aprobado por el Congreso Nacional el año 1992, y finalmente promulgado bajo el Decreto N° 685, señalando que los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos, incluyendo sus movimientos transfronterizos y su eliminación, sea compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, cualquiera que sea el lugar de su eliminación.

Hay tres normas del Convenio de Basilea que nos parece relevante destacar:

- i. El artículo 2.4 define "eliminación" como *"cualquiera de las operaciones especificadas en el Anexo IV del presente Convenio"*. En efecto, examinado el referido Anexo IV se refiere, en la letra A), a las operaciones de eliminación que no pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos, y, en la letra B), a aquellas que, si pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa y otros usos. En este sentido, el Anexo IV hace una clara distinción entre operaciones cuya modalidad permite la valorización o la eliminación. Distinción que es tomada también en el artículo 4A N° 1 del mismo Convenio, en el que se prohíbe el movimiento transfronterizo de las operaciones especificadas en la letra A.
- ii. Por su parte, el artículo 4.2 letra d) dispone que las partes tomarán las medidas apropiadas para *"d) Velar por que el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos se reduzca al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos, y que se lleve a cabo de forma"*

que se protejan la salud humana y el medioambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento". Así, se trata de generar un marco regulatorio estricto en el sentido de minimizar el transporte fronterizo de desechos peligrosos y otros residuos, y no de prohibirlo per se.

- iii. Finalmente, el artículo 4.9 señala que las partes tomarán las medidas apropiadas para que solo se permita el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos si: " a) *el Estado de exportación no dispone de la capacidad técnica ni de los servicios requeridos o de lugares de eliminación adecuados a fin de eliminar los derechos de que se trate de manera ambientalmente racional y eficiente; o b) los desechos de que se trate son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación; o c) el movimiento transfronterizo de que se trate se efectúa de conformidad con otros criterios que puedan decidir las partes, a condiciones de que esos criterios no contradigan los objetivos de este Convenio".*

Posteriormente, se ratificó la Enmienda de Prohibición de Basilea, denominada Decisión III/1 que incorporó un nuevo artículo 4A en los siguientes términos: " 1) *Cada una de las partes enumeradas en el Anexo VII deberá prohibir todo movimiento transfronterizo de desechos peligrosos que estén destinados a las operaciones previstas en el Anexo IV A, hacia los Estados no enumerados en el Anexo VII; 2) cada una de las partes enumeradas en el Anexo VII deberá interrumpir gradualmente hasta el 31 de diciembre de 1997 y prohibir desde esa fecha en adelante todos los movimientos transfronterizos de desechos contemplados en el apartado a) del inciso i) del Artículo 1 del Convenio que estén destinados a las operaciones previstas en el Anexo IV B hacia los Estados no enumerados en el Anexo VII. Dicho movimiento transfronterizo solo quedará prohibido si los desechos de que se trata han sido caracterizados como peligrosos con arreglo a lo dispuesto en el Convenio".*

En este sentido, la Enmienda buscó precisar que los países listados en el Anexo VII, que hayan ratificado la Enmienda, no podrán por ninguna razón exportar desechos peligrosos a los países que no formen parte de dicho Anexo. Es decir, queda regulada la posibilidad de exportar entre los países que formen parte del Anexo VII, entre los que se encuentra Chile, el que promulgó con fecha 30 de septiembre del año 2019 el Decreto N° 162 que reconoce la incorporación de la Enmienda al Convenio de Basilea.

Así, la preocupación central, la idea matriz del Convenio y de la Enmienda de Prohibición, se orientan al proceso de eliminación de residuos peligrosos (art. 2.4), aplicándose las normas del Convenio que buscan el objetivo de minimizar el transporte transfronterizo de desechos peligrosos (art. 4.2 letra d), y prohibir tal movimiento, conducente a la eliminación, en el caso de que exista capacidad técnica por parte del país exportador (art. 4.9 letra a).

Por otro lado, satisface también íntegramente las directrices de la OCDE sobre el movimiento transfronterizo de residuos,¹ entre las cuales destaca, por ejemplo, la decisión sobre el control de movimiento transfronterizo de residuos destinados a operaciones de valorización.

Bajo este contexto, una interpretación estricta y armónica del mandato de la Ley REP y el Convenio de Basilea, y también de las directrices OCDE, nos llevan a concluir que no está prohibido el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos en cualquier hipótesis, sino que, bajo determinadas condiciones o restricciones, los países miembros podrían decidir regular los movimientos transfronterizos. Es decir, hay un amplio margen para que los países incorporen una regulación detallada y estricta, en sintonía con el Convenio, que autorice las exportaciones, especialmente en materia de valorización de residuos.

Ello se ve materializado en el artículo 8° de la Ley REP que regula los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de exportación, importación y tránsito de residuos, incluyendo la regulación de las garantías asociadas, y, luego, cabalmente cumplida, desarrollada y pormenorizada por el Reglamento objeto de nuestro análisis.

En efecto, como hemos analizado en la sección anterior, el Reglamento viene a estructurar una exigente regulación para la importación y exportación de residuos peligrosos, que contiene restricciones y limitaciones, tanto procedimentales y sustantivas que tienen por objeto dar estricto cumplimiento a nuestra normativa ambiental y a las obligaciones internacionales suscritas.

¹ Estas directrices están contenidas en:

- (a) Decisión-Recomendación sobre el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos [C(83)180], disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0209>
- (b) Decisión-Recomendación sobre exportación de residuos peligrosos desde el área OCDE [C(86)64], disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0224>
- (c) Decisión-Recomendación sobre la reducción de movimientos transfronterizos de residuos [C(90)178], disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0260>
- (d) Decisión sobre el control de movimiento transfronterizo de residuos destinados a operaciones de valorización [C(2001)107/Final], disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0266>

Bajo este contexto, es claro y preciso el que existe una interpretación coherente y armónica entre el mandato legal del artículo 8° de la Ley REP (y los estándares OCDE) y el Convenio de Basilea, que es incluido como ley directamente aplicable por la Ley REP. Para este último, el foco está puesto en el proceso de eliminación de residuos peligrosos (art. 2.4), aplicándose las estrictas normas del Convenio que buscan el objetivo de minimizar el transporte transfronterizo de desechos peligrosos (art. 4.2 letra d), y prohibir tal movimiento, conducente a la eliminación, en el caso de que exista capacidad técnica por parte del país exportador (art. 4.9 letra a). Para la Ley REP, y su artículo 8° en particular, el foco es la valorización, y el conjunto de requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de exportación, importación y tránsito de residuos, y las garantías asociadas.

Esta interpretación coherente y armónica de ambas normativas (Ley REP y Convenio de Basilea) solo podría ser alterada vía modificación legal. En efecto, este fue el sentido de un reciente proyecto de ley, Boletín N° 15.496-12, que modifica la Ley N° 20.920, con el objeto de reducir el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos conforme a las normas del Convenio de Basilea, ingresado el 14 de noviembre del presente, aunque retirado por sus autores dos días después,² que buscaba modificar el inciso segundo del artículo 8° de la Ley REP para asimilar explícitamente el concepto de “eliminación” del Convenio de Basilea con el de “valorización” de artículo 8° de la Ley REP.

- i. En efecto, el proyecto de ley referido tenía como objeto: *"dar coherencia a la normativa nacional con las normas y disposiciones del Convenio de Basilea, y ajustar así [sic] el comportamiento del Estado en la necesaria protección a los derechos humanos en las normas nacionales que rigen en la materia. Para ello se elimina la posibilidad de autorizar la importación para procesos de revalorización en Chile y a su vez restringe al mínimo la posibilidad de exportar estos".*
- ii. Su artículo único no puede ser más claro en acometer este objeto: *"Se prohíbe la importación y exportación de residuos peligrosos para su eliminación y valorización. Sin perjuicio de lo anterior, la exportación de los residuos peligrosos para su*

² Ver Oficio N° 17.870, Cámara de Diputados, de 16 de noviembre del presente, en que la corporación toma conocimiento de la nota enviada por los diputados Jorge Alessandri Vergara y Gustavo Benavente Vergara, mediante la cual informan que han decidido retirar de tramitación el proyecto de ley que establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, correspondiente al boletín N° 15.496-12, del cual son autores.

eliminación o valorización solo podrá efectuarse cuando en el país no exista capacidad técnica para eliminarlos, de acuerdo con un manejo ambientalmente racional y eficiente”.

- iii. Así, el proyecto de ley respalda ampliamente la interpretación coherente y armónica de ambos cuerpos legales, en los términos que venimos planteando en esta opinión. En otras palabras, mientras no medie una reforma legislativa que asimile expresamente los conceptos de “eliminación” y “valorización”, con el objeto de hacer extensivo a la valorización el más estricto estatuto de importación/exportación para la eliminación de residuos (“eliminar la importación” y “restringir al mínimo la posibilidad de exportar estos” en palabras del proyecto referido), debe satisfacerse íntegramente el mandato del artículo 8° de la Ley REP, lo cual, sabemos, cumple a cabalidad el Reglamento.

3. El Acuerdo del Consejo de Ministros es un (a) trámite esencial en el proceso de creación de normas de carácter ambiental, (b) decisorio y vinculante para la Administración, (c) en este descansa esencialmente la fundamentación y motivación del acto administrativo (Reglamento), y (d) en consecuencia, la modificación sustancial o formal con efectos sustantivos del Reglamento, respecto de sus objetivos y fundamentos, será sancionada con la nulidad por falta de motivación del mismo.

3.1. Naturaleza y atribuciones del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático.

Desde la perspectiva de la naturaleza y atribuciones del Consejo de Ministros, y las características del acuerdo emitido por este, cuando se pronuncia respecto de actos de contenido regulatorio ambiental, destacamos las siguientes reglas:

- i. El Consejo de Ministros, de acuerdo a los artículos 71 a 73 de la Ley N° 19.300, es un órgano esencialmente deliberativo de regulación y política ambiental, creado por la Ley N° 20.417, de 2010, con el objeto de aunar y coordinar a los ministerios con competencias en materia ambiental, para evitar la dispersión y contradicción de

normas ambientales.³ Este preciso objeto queda de manifiesto con claridad al revisar la Historia de la Ley N° 20.417.⁴

- ii. Entre las atribuciones más relevantes del Consejo de Ministros contenidas en el artículo 71 de la Ley N° 19.300, se encuentra: "*f) Pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, cualquiera sea el ministerio de origen, que contenga normas de carácter ambiental señaladas en el artículo 70*". En consecuencia, se desprende de esta norma que:
 - a. El Consejo de Ministros debe *pronunciarse* sobre los proyectos de ley y actos administrativos, acción que es más intensa y exigente que el resto de las actuaciones listadas en el artículo 71 y que se limitan a "proponer".
 - b. Los proyectos de ley y actos administrativos objeto del pronunciamiento del Consejo de Ministros son aquellas *normas de carácter ambiental* señaladas en el artículo 70 de la Ley N° 19. 300. En este sentido, la doctrina suele incorporar entre estas materias, cinco macro categorías: áreas protegidas, áreas marinas costeras de múltiples usos, residuos contaminados, suelos contaminados, y evaluaciones de riesgo (respecto de diversas sustancias que puedan afectar el medioambiente).⁵
- iii. El artículo 73 de la Ley N° 19.300 dispone que "*Los acuerdos del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad serán obligatorios para los organismos de la Administración del Estado al cual estén dirigidos, incurriendo en responsabilidad administrativa los funcionarios que no den cumplimiento a los mismos*". Esta fundamental regla tiene varias consecuencias:
 - a. Busca dotar a los acuerdos del Consejo de Ministros con un efecto de obligatoriedad y vinculatoriedad en un doble sentido, en primer lugar, para propender a que todo órgano de la administración con competencia ambiental se vea forzado a llevar ante este una propuesta normativa a su pronunciamiento, cumpliendo así, el sentido último de la Ley N° 20.417 de aunar y coordinar la regulación y política ambiental, evitando la dispersión sectorial.

³ Ver Matías Guiloff, "Nueva institucionalidad ambiental: hacia una regulación deliberativa", *Anuario de Derecho Público UDP 2011*, UDP, 2011, pp. 235-237.

⁴ Ver Historia de la Ley N° 20.417, pp. 193-194.

⁵ Guiloff, ob. Cit., p. 240.

- b. Asimismo, el efecto de obligatoriedad y vinculatoriedad del acuerdo respecto de todo órgano administrativo busca reforzar tanto la dimensión deliberativa del Consejo como la intención de que sea el órgano decisivo de evaluación técnica de una norma legal o regulatoria ambiental.
- c. La exigibilidad de esta regla queda nítida y explícitamente expresada en la segunda parte de la misma, al disponer una sanción a su incumplimiento, lo que se materializa en responsabilidad administrativa respecto del o los funcionarios infractores.

3.2. Naturaleza del Acuerdo del Consejo de Ministros. Consecuencias jurídicas.

Del conjunto de reglas contenidas en los artículos 71, 72 y 73 de la Ley N° 19.300, antes referidas, se desprenden importantes consecuencias jurídicas acerca de la naturaleza de los acuerdos del Consejo de Ministros (y también de las sesiones en las que se delibera en torno a estos), de acuerdo con la doctrina más autorizada, y la jurisprudencia administrativa y judicial:

- i. El Acuerdo del Consejo de Ministros es un trámite esencial en la creación de normas de carácter ambiental, definidas en el artículo 70 de la Ley N° 19.300.⁶
 - a. Como lo ha señalado la Contraloría General de la República, un vicio sobre un requisito esencial del acto administrativo sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico, puede afectar la validez del acto. Y en ese sentido, la Contraloría hace el ejercicio de ponderar si no existiendo el vicio el resultado sería el mismo, es decir, si la omisión sobre un trámite tiene la entidad suficiente para ser uno de carácter esencial que influye en lo sustancial del resultado.⁷
 - b. En este caso, el Acuerdo del Consejo de Ministros es un trámite esencial de tal entidad que, incluso podríamos concluir, sostiene la existencia del Reglamento que se propone al Presidente, y lo es, en este caso, por mandato del ordenamiento jurídico, de acuerdo a las normas que le brindan competencia al Consejo de Ministros para formular la propuesta. La propia Corte Suprema, por su parte, ha construido un umbral que distingue entre

⁶ Ver Ricardo Irrazábal y Manuel José Barros, "Hacia un Estado que abogue por la sustentabilidad: el rol del Consejo de Ministros para la sustentabilidad y el Ministerio del Medioambiente", *Temas de actualidad: Diplomado en Medioambiente y desarrollo sustentable*, 2015, UC, p. 26.

⁷ Dictamen N° 60.171/2010 y Dictamen N° 42.661/2010.

- vicios del acto administrativo que son irrelevantes de aquellos que son de carácter esencial, a los cuales relaciona con la posibilidad cierta de causar un perjuicio de los interesados.⁸
- c. Así, la omisión del Acuerdo del Consejo de Ministros sería un vicio de carácter esencial porque, además del valor del mandato legal establecido en la Ley REP y en la Ley N° 19.300, causaría un deterioro en la situación de los administrados al no existir fundamento explícito del procedimiento que lleva al Reglamento. En consecuencia, el incumplimiento de este trámite esencial genera un *vicio esencial* y, en consecuencia, debe ser sancionado con la nulidad (vicios procedimentales de forma).⁹
- ii. El Acuerdo es un acto decisorio y vinculante para la Administración. Ello se expresa y fundamenta sobre la base de diversas consideraciones:
- a. La naturaleza decisoria (para algunos resolutive) y vinculante de los acuerdos del Consejo de Ministros, quedó de manifiesto en la Historia de la Ley N° 20.417 con la intervención de la entonces Ministra Presidenta de CONAMA Ana Lya Uriarte, que destacó la necesidad de reforzar el rol del Consejo de Ministros que se creaba "*que mantiene la lógica de la coordinación, otorgándole mayores atribuciones, dentro de las cuales destacó la de otorgar carácter vinculante al pronunciamiento acerca de la creación de normas*".¹⁰ (El subrayado es nuestro). Diversos especialistas han sostenido lo mismo.¹¹
- b. La jurisprudencia ambiental ha señalado con claridad que cuando el llamado a la potestad reglamentaria ejecutiva (en este caso la adopción del Reglamento), descansa esencialmente en la intervención de estudios y órganos técnicos (en este caso el rol deliberativo del Consejo de Ministros), no deja espacio a duda "*de que la intención del legislador es obligar a que la Administración implemente estas etapas y que sus resultados sean considerados cabalmente en la adopción del instrumento específico*".¹² (El destacado es nuestro).
- c. En efecto, la Ley N° 19.300, contempla un verdadero procedimiento administrativo especial, agravado, con que debe seguirse estrictamente, y

⁸ Ver, por ejemplo, SCS Rol N° 29.546-2014.

⁹ Ver, por ejemplo, SCS Rol N° 1119-2015 de septiembre del 2015; SCS Rol N° 8650-2015 de diciembre del 2015; y SCS Rol N° 35490-2015, de abril del 2016.

¹⁰ Ver Historia de la Ley N° 20.417, Primer Informe de la Comisión de Medioambiente, p. 457.

¹¹ Ver también Irrarázabal y Barros, ob. Cit., p. 26.

¹² Ver, por ejemplo, sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° 25-2016, considerando 12°.

con estándares y deberes elevados de motivación a la hora de dictar normas de carácter ambiental (art. 71 f) con relación al art. 70 de la Ley N° 19.300. Ello, de manera coherente, como ha destacado la jurisprudencia ambiental, con el hecho de que tal tipo de trámite esencial aporta la mejor información disponible para adoptar el contenido concreto de la norma ambiental, y con la relevancia y mandato del legislador de adoptar una regulación en la materia.¹³

- d. La jurisprudencia ambiental, siguiendo la estricta jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema en esta materia,¹⁴ también ha sido enfática en recalcar que el procedimiento administrativo, y en especial el expediente administrativo, son una garantía de primer orden para los administrados. En este sentido, la forma en que la administración construye tal expediente, el tipo de antecedentes considerados, el "orden de concurrencia" en que se incorporan los antecedentes materiales al expediente, "*se constituyen en garantía para los administrados, y en resguardo para el mejor ejercicio de una potestad discrecional por la Administración... De esta forma, el expediente administrativo es, por antonomasia, la principal prueba para el control de legalidad del acto administrativo impugnado*".¹⁵
- e. Por lo demás, se trata de una tendencia que ha sido robustecida por el legislador en los últimos años: fortalecer la fundamentación técnica, aumentando los estándares de motivación del acto administrativo (y su escrutinio; arts. 11 inc. 2 y 41 inc. 4, Ley N° 19.880/LBPA), y fortalecer el principio de coordinación (art. 3 inc. 2 de la Ley N° 18.575/LOCBAE) entre los diversos actores sectoriales de la Administración que participan en una decisión regulatoria con efectos generales. En efecto, un ejemplo en este sentido es la Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, incluyó un nuevo artículo 37 bis en la Ley N° 19.880, que en particular exige que, cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación. Este estándar

¹³ Ver, por ejemplo, sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° 25-2016, considerando 31°.

¹⁴ Ver, por ejemplo, Corte Suprema Rol N° 75.718-2021 y Rol N° 29.945-2018.

¹⁵ Ver, por ejemplo, sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° 25-2016, considerando 56°.

establecido por el legislador busca aumentar los niveles de coordinación entre los distintos órganos de la Administración involucrados en diversas áreas, como lo son las distintas carteras ministeriales que componen el Consejo. Y, además, eleva los estándares de motivación del acto administrativo al nivel del que se encuentra en el propio Acuerdo del Consejo, en el cual se tuvieron en cuenta todas los insumos técnicos y jurídicos de todos los intervinientes, además de las cuestiones relativas a las directrices internacionales alineadas con el Convenio de Basilea.

f. Es también una consecuencia de su naturaleza (el Acuerdo) como acto administrativo en los términos definidos por el artículo 3° de la Ley N° 19.880, LBPA, que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

i. En su artículo 3° la Ley N° 19.880 establece que se entiende por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, incluyendo en esta definición a las decisiones de los órganos pluripersonales, como el Consejo de Ministros, en cuyo caso se denominan acuerdos.

ii. Asimismo, uno de los principios nucleares de La Ley N° 19.880 es el principio conclusivo, que señala que todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad. En nuestro caso, ello se materializa en el Acuerdo del Consejo de Ministros, que concreta una decisión en los términos antes referidos de la Ley N° 19.880, y lo hace específicamente al pronunciarse favorablemente y proponer al Presidente el Reglamento.

iii. También es importante mencionar que, el artículo 1° de la Ley N° 19.880 dispone la aplicación de carácter supletorio de esta ley sobre los procedimientos administrativos, siendo aplicable al caso del Consejo de Ministros, en tanto órgano del Estado que realiza un procedimiento administrativo en los distintos acuerdos que adopta sobre las materias que la Ley N° 19.300 habilita.

iii. El Acuerdo del Consejo de Ministros, no es sólo un trámite esencial y un acto decisorio y vinculante para la Administración, sino que en este descansa

esencialmente la fundamentación y motivación del acto administrativo, en este caso, del Reglamento.

- a. La Corte Suprema y la Contraloría General de la República, en los últimos años, han venido desarrollando una jurisprudencia consistente y uniforme en materia de motivación del acto administrativo, consagrando una serie de estándares que materializan de manera concreta el mandato del artículo 8° de la Constitución, y los artículos 11, inciso 2° y 41° inciso 4° de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo (LBPA).
- b. En efecto, el Máximo Tribunal ha sostenido que la motivación del acto administrativo es un elemento esencial del mismo. Así, se trata de "*un requisito indispensable que debe encontrarse siempre presente*" (Rol N° 27.467-2014); "*revestido de mérito suficiente*" (Rol N° 58.971-2016); y si el acto aparece "desmotivado" o con "*razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto*", carece de un elemento esencial (Rol N° 27.467-2014). Asimismo, sostuvo que la motivación sobre la base de fundamentos "*meramente formales*" implica arbitrariedad e ilegalidad (Rol N° 27.467-2014). Finalmente, destacaba el que la motivación del acto administrativo obliga a toda autoridad administrativa, a "*fundarlo debidamente en todos los antecedentes y circunstancias que el caso [exige]*" (Rol N° 58.971-2016).
- c. Por su parte, la Contraloría General de la República ha señalado que "[...] acorde con lo establecido en los artículos 11, inciso segundo, y 41, inciso cuarto, de la ley N° 19.880, las decisiones de la Administración deben ser fundadas, siendo procedente expresar las pertinentes consideraciones en los respectivos actos administrativos. En este punto es forzoso señalar que la Administración debe ejercer sus atribuciones con razonabilidad y de manera fundada, para lo cual se debe tener presente que la ponderación de los hechos corresponde primariamente a los órganos de la Administración activa, de manera que procede que esta Entidad Fiscalizadora objete una determinación si del examen de los antecedentes se aprecia alguna infracción a la normativa legal o reglamentaria que rija la materia de que se trata, o bien, si se observa alguna decisión de carácter arbitrario".¹⁶

¹⁶ Ver, por ejemplo, Dictamen N° 59.669, de 11 de agosto de 2016,

- d. El Acuerdo N° 14 del Consejo de Ministros, adoptado en sesión ordinaria, contiene una serie de consideraciones que justifican y fundamentan correctamente la decisión de pronunciarse favorablemente y proponer al Presidente el Reglamento.
 - i. El Acuerdo expone las competencias legales que tiene el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático para regular los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, de acuerdo al artículo 8 de la Ley N° 20.920, el artículo 71 letra f) de la Ley N° 19.300 y el artículo 70 letra g) de la misma ley.
 - ii. Queda de manifiesto que el Consejo de Ministros tuvo en cuenta todos los actos emitidos por la OCDE a propósito de los movimientos transfronterizos de residuos. En particular, se tomaron en cuenta todas las recomendaciones y las decisiones de la propia organización, más el hecho de que Chile suscribió la “Enmienda de Prohibición” que prohíbe la exportación a países que no sean parte de la OCDE, justamente en línea con el artículo 8 de la Ley N° 20.920.
 - iii. De todos los antecedentes analizados el Consejo concluye que existe la necesidad de dictar el reglamento que establezca los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos, en línea con las disposiciones internacionales, cuestión que cumple a cabalidad como lo vimos anteriormente en la sección 1.
 - iv. Incluso, distintos ministerios formularon observaciones que quedaron consignadas en acta y, también, consideradas en el contenido mismo del Reglamento. Así, el Ministerio de Hacienda, de Salud y de Vivienda y Urbanismo, hicieron sus comentarios respectivos, que no fueron más allá de detalles, para finalmente votar a favor del Reglamento.
- iv. Un cambio sustancial en el Reglamento, o bien un cambio meramente formal, pero con efectos sustantivos (i.e., de tal magnitud que inhibe o erosiona los objetivos centrales de este), altera y afecta la motivación del acto, porque elimina el conjunto de razonamientos y deliberaciones, esencialmente técnicas, que llevó al Consejo de Ministros a adoptar la decisión favorable.
 - a. En efecto, un cambio sustancial del Reglamento que prohíba la exportación para valorización de residuos peligrosos, en el mismo tenor del Proyecto de Ley Boletín N° 15.496-12, significa una alteración de tal magnitud que

suprime la relación entre la justificación -Acuerdo N° 14- y el Reglamento aprobado por el Consejo. Este último no tendría motivación, dado que todo el ejercicio realizado por los miembros del Consejo para tomar la decisión condujo a un resultado totalmente claro y orientado a la regulación de los movimientos. Un cambio de estas características vulneraría el principio de congruencia que influye sobre los procedimientos administrativos, el cual trata de garantizarle a los administrados que existe una coherencia con los antecedentes y decisiones que se adoptan durante el procedimiento.¹⁷

b. Por otro lado, idéntico efecto se produce ante un cambio que, en apariencia puramente formal, altere las condiciones y los procedimientos establecidos al interior del Reglamento, impidiendo u obstaculizando severamente los movimientos transfronterizos para la valorización de residuos peligrosos, a tal punto de eliminar la distinción entre valorización y eliminación. Ello altera y vulnera la deliberación y el conjunto de evaluaciones, argumentación y fundamentos técnicos realizados por el Consejo, o que tuvo a la vista para adoptar su decisión. Como queda claro del Acuerdo N° 14, el Consejo tuvo en cuenta todos los antecedentes correspondientes y concluyó que existía la necesidad de regular el movimiento transfronterizo en el sentido que esta retratado en el Reglamento.

i. Incluso, la Contraloría General de la República representó el Decreto N° 9 de 2017 del Ministerio del Medio Ambiente, que precisamente regulaba el movimiento transfronterizo de residuos, dado que, a su criterio, no se ajustaba a derecho. Esto último principalmente por dos motivos; primero, porque se le habían realizado modificaciones sustanciales a partir de retiros y reingresos sucesivos, y, segundo, se había mantenido retirado durante dos años, con lo cual, no se podía atribuir el contenido presentado a las autoridades de la Administración que aparecían suscribiendo el Reglamento. También la Contraloría General de la República realizó reparos a diversos errores formales y de referencia que impedían el correcto entendimiento del Decreto.¹⁸

¹⁷ Ver, por ejemplo, Corte Suprema Rol N° 15519-2018 y Rol N° 1497-2019.

¹⁸ También, en otras oportunidades la Contraloría de la República ha observado errores formales en procedimientos administrativos; ver, por ejemplo, Dictamen N° 4818N18 del año 2018, Dictamen N° 4581N17 del año 2017 y Dictamen N° 18280N17 del año 2017.

- v. En consecuencia, la modificación sustancial o formal con efectos sustantivos del Reglamento respecto de sus objetivos y fundamentos, puede ser sancionada con la nulidad por falta de motivación del mismo.
- vi. Bajo este contexto, cualquier modificación sustancial o formal con efectos sustantivos, debe ser evaluada nuevamente por el Consejo de Ministros.

4. Conclusiones.

De acuerdo con el análisis que hemos realizado a lo largo de este documento, podemos concluir lo siguiente:

- i. El Reglamento satisface íntegramente el mandato legal consagrado en el artículo 8° de la Ley REP en cuanto regula los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de exportación, importación y tránsito de residuos, e incluyendo la regulación de las garantías asociadas;
- ii. El Reglamento no solo se ajusta plenamente a la Ley REP, sino que cumple con las obligaciones internacionales del Estado de Chile, siendo plenamente compatible con el Convenio de Basilea.
- iii. Desde la perspectiva de la naturaleza y efectos jurídicos del Acuerdo del Consejo de Ministros materializado en el Reglamento, de acuerdo a la Ley N° 19.300 y la jurisprudencia administrativa y judicial más relevante y la doctrina autorizada, concluimos que es se trata de:
 - a. Un trámite esencial en el proceso de creación de normas de carácter ambiental, y su ausencia genera un vicio esencial y, en consecuencia, debe ser sancionado con la nulidad (vicios procedimentales de forma);
 - b. Es un acto de carácter decisorio y vinculante para la Administración;
 - c. En el Acuerdo del Consejo de Ministros descansa esencialmente la fundamentación y motivación del acto administrativo (Reglamento);
 - d. La modificación sustancial (por ejemplo, la prohibición de la exportación para valorización de residuos peligrosos) o formal con efectos sustantivos (esto es, que altere los procedimientos, condiciones, requisitos o garantías en una magnitud tal que impida fácticamente un acto de exportación para

Opinión Legal - Reglamento Movimiento Transfronterizo de Residuos – Diciembre 2022

- valorización de un residuo), inhibe o erosiona los objetivos centrales de este, alterando y afectando la motivación del acto; y
- e. En consecuencia, tal modificación sustantiva o formal con efecto sustantivo, puede ser sancionada con la nulidad por falta de motivación del mismo.
 - f. Bajo este contexto, cualquier modificación sustancial o formal con efectos sustantivos, debe ser evaluada nuevamente por el Consejo de Ministros.

Es todo cuanto podemos informar a ustedes.

Les saludan atentamente,

Gastón Gómez Bernal
José Francisco García G.