

Informe en Derecho



Análisis del Proyecto de Reglamento sobre Transporte Transfronterizo de Residuos

William García Machmar¹

Marzo de 2023

¹ Abogado, U. de Chile (2007). Magíster en Derecho Público, U. de Chile (2011). Master of Laws, New York University (2012). Profesor de Derecho Administrativo U. Diego Portales. Ex Jefe de la División Jurídico Legislativa MINSEGPRES (2014-2018).

I.- Objeto del informe

El objetivo del presente informe es analizar el contenido del actual proyecto de Reglamento que regula el Movimiento Transfronterizo de Residuos (“Reglamento”) aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático (“Consejo de Ministros”) el 14 julio de 2022, desde el punto de vista del derecho público administrativo, así como los principios y reglas propios del derecho ambiental.

Específicamente, se tratará de abordar, de una parte, si el pronunciamiento efectuado por el Consejo de Ministros impide que el proyecto de Reglamento sea objeto de modificaciones en las etapas posteriores de su tramitación y, de otra parte, si el Reglamento resulta conforme a las disposiciones 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”), así como con la Convención de Basilea y su Enmienda.

En orden a dilucidar las cuestiones planteadas, en la siguiente sección (II) se hará una explicación de los principios de derecho público y ambiental aplicables a las interrogantes planteadas. Especialmente, se ahondará en el procedimiento general de aprobación de reglamentos y se le pondrá en relación con las particularidades que ofrecen los reglamentos que abordan materias ambientales. Enseguida, se explicarán los principios de derecho internacional y doméstico que gobiernan el transporte transfronterizo de residuos. A continuación se aplicarán los criterios previamente establecidos (III) a la cuestión planteada en orden a afirmar, fundamentalmente, que el acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado el 14 de julio de 2022, produce efectos procedimentales que no pueden desconocerse y, enseguida, que el contenido del Reglamento propuesto se ajusta a los estándares internacionales y nacionales de derecho ambiental. El informe finaliza con unas breves conclusiones (IV).

II.- Principios de derecho público y ambiental aplicables

1.- El procedimiento de aprobación de reglamentos

En el sistema de fuentes del derecho administrativo, el reglamento constituye la manifestación del hecho de que la Administración del Estado no sólo actúa dirigida externamente por el legislador (heteronormatividad), sino que también internamente, fijando sus propias reglas (autonormatividad)². En nuestro ordenamiento constitucional, la potestad reglamentaria está atribuida directamente por la Constitución Política al Presidente de la República, quien cuenta con máxima discrecionalidad para establecer reglas generales y obligatorias³.

En efecto, el artículo 32 N° 6 de la Constitución confiere al Presidente de la República la atribución *especial* de “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. Como puede verse, la discrecionalidad es amplísima: de una parte, puesto que la potestad reglamentaria autónoma no está vinculada por la ley, dado que no comparten ámbitos de validez y, de otra parte, puesto que la potestad reglamentaria de ejecución (que es en la práctica la regla general), se ejerce por el Presidente de la República, según juzgue “conveniente para la ejecución de las leyes”. En lo sucesivo, sólo nos referiremos a la potestad reglamentaria de ejecución⁴.

En materia de reglamentos, la doctrina ha puesto el acento en aquellos problemas que derivan de la titularidad de la potestad en el Jefe de Estado. Por ello, naturalmente una de las cuestiones más

² Valdivia distingue así entre fuentes externas e internas de la legalidad administrativa (Valdivia, José Miguel. “Manual de Derecho Administrativo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 162-163.

³ Bermúdez, Jorge. “Derecho Administrativo General”. Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2014, 3ª ed., p. 79-80; Cordero, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2015, p. 146. Valdivia, José Miguel. ob. cit., p. 178.

⁴ En lo sucesivo se usarán indistintamente las expresiones “potestad reglamentaria”, “reglamento” y “decreto”. En rigor, la potestad reglamentaria autoriza a dictar reglas generales y obligatorias que se contienen en reglamentos. El acto administrativo singular que aprueba un reglamento y ordena cumplirlo se denomina decreto.

debatidas sobre la potestad reglamentaria es el problema de la reserva de ley, puesto que ahí se manifiesta el conflicto entre dos poderes del Estado que pueden entrar en pugna⁵.

Empero, esta manera de observar el fenómeno soslaya la relevancia del procedimiento administrativo⁶. La Constitución configura a la Administración del Estado en Chile, no sólo como una organización de carácter finalista, orientada al bien común (artículo 1º inc. 4º, en relación a los artículos 24 y 38 inc. 1º), sino que pone especial énfasis en el sometimiento a formas y trámites como necesarios para el cumplimiento de dichos fines (artículo 7º inc. 1º, en relación a los artículos 63 Nº 18 y 65 inc. 4º Nº 2). Por lo tanto, resulta relevante fijar la atención sobre el procedimiento de aprobación de los reglamentos para dilucidar las cuestiones objeto de este informe.

La Constitución da pocas reglas sobre la generación de los decretos y reglamentos, fuera de regular ciertos casos especiales (decreto presupuestario de emergencia, decreto promulgatorio, etc.). Adicionalmente, el legislador ha dado algunas reglas generales en el DFL Nº 7912, de 1927 (“Ley de Ministerios”), en la Ley Nº 18.993 que creó el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y en la Ley Nº 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”). De acuerdo con estas normas, es posible describir el siguiente procedimiento de aprobación de los reglamentos.

En primer lugar, el Ministerio respectivo o de origen propone el texto del reglamento respectivo al Ministro de Estado, para su firma y posterior numeración por orden correlativo (artículo 17 inc. 1º Ley de Ministerios). Este hecho, que puede parecer un detalle, es importante. No obstante que el titular de la potestad reglamentaria es el Presidente de la República, sería absurdo pensar que la enorme producción normativa que se realiza hoy en día, mediante los reglamentos, sea la obra de una sola persona. El Presidente de la República ejerce la función administrativa apoyándose en un complejo burocrático (art. 1º inc. 1º LOCBGAE). Precisamente, es en cada una de estas oficinas administrativas desde las cuales se crean los textos normativos que, posteriormente, se transformarán en los reglamentos. Esta etapa carece de una regulación general (sin perjuicio de lo que se dirá después), pero

⁵ Véase, por todos, Carmona Santander, C. (2015). “El artículo 93 Nº 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones”. En: Revista De Derecho Público (Universidad de Chile), Nº 72, Págs. 52-107. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i72.37698>

⁶ En Chile v. Cordero, Luis. ob. cit. pp. 331-357.

en la práctica cada Ministerio produce estos textos desde unidades especializadas y cumplen una cierta tramitación interna más o menos formalizada⁷. Precisamente, es en esta etapa previa de formulación del texto reglamentario que el legislador innova, para casos especiales, dando reglas adicionales (particularmente, plazos o trámites)⁸.

Cada reglamento se origina en un Ministerio siguiendo un criterio de competencia material. La Constitución ordena que “Los reglamentos y decretos del Presidente de la República *deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito*” (artículo 35 inc. 1º). Los reglamentos, en tanto innovan en el ordenamiento jurídico introduciendo reglas generales, abstractas⁹ y permanentes siempre deben ser firmados por el Ministro de Estado “respectivo” y también por el Presidente de la República. No procede en ningún caso la delegación de firma¹⁰.

El criterio de la competencia material de los ministros de Estado proviene de la exigencia de firma del ministro “respectivo” (artículo 35 inc. 1º de la Constitución), en relación con la definición misma de los Ministerios como órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en “sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer” las funciones de gobierno y administración (artículo 22 LOCBGAE). De ahí que muchas veces un mismo reglamento deba ser firmado por una pluralidad de Ministros de Estado, en tanto las materias encomendadas a las respectivas carteras ministeriales son concurrentes.

En segundo lugar, el decreto es recibido por la División Jurídico-Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, quien lo presenta al Presidente de la República para su firma (artículo 17, Ley de Ministerios). La mencionada División es la oficina administrativa encargada de realizar “la revisión técnico legal y de coherencia global de los Decretos Supremos” (artículo 6º Ley Nº

⁷ Valdivia, José Miguel. ob. cit., p. 179.

⁸ Esto ocurre cada vez que el legislador señala un plazo para dictar un determinado reglamento. Asimismo, cuando el legislador condiciona el reglamento a un cierto tipo de supuesto fáctico. Por ejemplo, en el caso de la Ley Nº 20.850 que crea un Sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, en su artículo 7º convoca al Reglamento para regular el proceso de evaluación científica de la evidencia, señalando que “Un reglamento del Ministerio de Salud regulará el proceso de evaluación científica de la evidencia, el que deberá contemplar, entre otros, que se desarrolle con observancia a normas éticas y de transparencia”.

⁹ Bermúdez, Jorge. ob. cit. pp. 75-76.

¹⁰ v. STC rol 153, de 25 de enero de 1993. Valdivia, José Miguel. ob. cit., p. 179.

18.993), y el posterior “procesamiento administrativo de los Decretos Supremos” (artículo 5º Ley Nº 18.993). Adicionalmente, la misma División¹¹ tiene como tarea “Participar en la elaboración de los decretos reglamentarios, asesorando a los equipos técnicos de los diversos Ministerios” (artículo 7º letra a) DS 7/1991/MINSEGPRES), “Recepcionar los decretos remitidos por las Subsecretarías y llevar un registro cronológico de los mismos” (artículo 7º letra b) y “Efectuar en todos los decretos recibidos, un examen de legalidad previo a la firma del Presidente de la República” (artículo 7º letra c). Finalmente, es esta oficina la que presenta los decretos supremos para la firma del Presidente de la República.

Como puede verse, la ley le entrega una participación activa a la División Jurídico-Legislativa en el proceso de creación de los reglamentos, tanto en su formulación (incluso coordinando a los diversos ministerios con competencias concurrentes sobre una materia y realizando propuestas de solución; o realizando observaciones de legalidad), como en su procesamiento administrativo.

Podríamos afirmar que la formación de la voluntad administrativa termina con la firma del Presidente de la República, que es el titular de la potestad reglamentaria. En este momento el decreto queda perfecto, aunque no puede desplegar sus efectos. Todavía es necesario que cumpla con una tramitación adicional. Una vez firmado por el Presidente de la República, el reglamento es devuelto al Ministerio de origen para que cumpla con las etapas siguientes¹².

En tercer lugar, los reglamentos siempre deben cumplir con el trámite de toma de razón. Si bien la toma de razón no es un trámite que se aplique a la totalidad de los decretos supremos (artículo 10 LOCCGR), los reglamentos en tanto innovan en el ordenamiento jurídico introduciendo reglas generales, abstractas y obligatorias, deben ser firmado siempre por el Presidente de la República y, por lo mismo, deben ser sometidos al trámite de toma de razón (artículo 10.1 de la Resolución 7/2019, sobre exención de la toma de razón)¹³.

¹¹ Las funciones que el DS 7/1991/MINSEGPRES entrega a la División Ejecutiva se ejercen, desde 1994, por la División Jurídico-Legislativa.

¹² Cordero Vega, L. (2016). La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias. *Revista De Derecho Público*, Nº 69, pp. 153–166.

¹³ Bermúdez, Jorge. ob. cit., p. 502. Valdivia, José Miguel, ob. cit., p. 180-182.

En el trámite de toma de razón, si el reglamento se encuentra conforme al ordenamiento jurídico, será “cursado” o tomado de razón. En cambio, si adolece de algún vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad, será “representado”, y no podrá adquirir eficacia.

Precisamente, en esta etapa también puede ocurrir que el decreto no adolezca de algún vicio, pero sí de un error que deba enmendarse, en cuyo caso la Contraloría General de la República lo “observará”, devolviéndolo al ministerio de origen “sin cursarlo”¹⁴. En este caso, la tramitación puede igualmente continuar, si en el Ministerio de origen el Subsecretario rectifica los errores detectados, conforme al artículo 2º letra i) del DL 1028 (“Ley de Subsecretarías”). Esto se cumple “retirando sin tramitar” el decreto y reingresándolo a la Contraloría General¹⁵. Es importante destacar que esta facultad de hacer rectificaciones aún después de la firma del Presidente de la República o del Ministro respectivo sólo permite - según el propio texto del DL 1028 - “corregir errores manifiestos de escritura o numéricos”. La facultad está reservada para salvar defectos formales no invalidantes de los decretos. En la práctica a través de esta vía se introducen modificaciones importantes a los decretos supremos, lo que puede terminar frustrando la voluntad de quienes lo suscribieron en primer lugar, a saber, el Presidente de la República y sus Ministros.

Para lograr eficacia los reglamentos deben ser publicados en el Diario Oficial, en tanto contienen normas de general aplicación (artículo 48 LBPA). A partir de este momento produce sus efectos jurídicos (artículo 51 inc. 1º LBPA).

Finalmente, la amplia discrecionalidad que posee el Presidente de la República para dictar los reglamentos reconoce como límites la ley habilitante y otros estándares normativos. No debemos olvidar que tratándose del ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución el principio de reserva legal exige una decisión legislativa previa que entregue un contenido suficiente al desarrollo posterior

¹⁴ Silva Cimma, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 4ª ed., p. 205.

¹⁵ Bermúdez, Jorge. ob. cit., p. 503.

del reglamento. Precisamente la validez del reglamento depende de su respeto a dicha legalidad así como a los principios generales del derecho¹⁶.

2.- *Particularidades de los reglamentos ambientales*

Tal como hemos observado previamente, el procedimiento administrativo general para la aprobación de reglamentos no contempla reglas sobre el proceso previo de formulación de los textos por los ministerios sectoriales competentes. Sin embargo, existe una tendencia creciente por regular este proceso previo. Precisamente, el autor Eberhard Schmidt-Assmann señala que “El Estado tiene la responsabilidad de garantizar una adecuada legitimación en la producción de normas y eso exige actuar antes, en el procedimiento del que surgen esas reglas técnicas, garantizando que estén representados todos los intereses y también que el procedimiento sea transparente”¹⁷.

En nuestro derecho ambiental el legislador ha sido cuidadoso en establecer procedimientos especiales aplicables a los diferentes instrumentos de gestión ambiental que deben ser aprobados por decreto supremo, así lo ha hecho con las normas de calidad ambiental o con los planes de distinta naturaleza.

Además de estos casos, tratándose de aprobación de “normas ambientales”, entre las cuales, caben también los reglamentos - puesto que introducen normas generales y abstractas, que deben aprobarse por actos administrativos de competencia del Presidente de la República - la Ley Nº 20.417 introdujo importantes innovaciones.

¹⁶ Sánchez Morón destaca “la discrecionalidad reglamentaria, puesto que la potestad reglamentaria es discrecional por definición. Este tipo está sometido a un régimen jurídico peculiar, en el que conviene distinguir los casos en que el reglamento se dicta en ejecución o desarrollo de una ley (y en tal caso si verse o no sobre materia reservada a la ley) o como reglamento independiente por iniciativa del titular de la potestad reglamentaria, ya que en el primer caso la libertad de opción del titular de la potestad reglamentaria estará más delimitada o condicionada. Sea más o menos amplio el margen de discrecionalidad en poder del mismo, el ejercicio de su potestad está siempre sometido al límite sustantivo de los principios generales del derecho” (Sánchez Morón. “Discrecionalidad administrativa control judicial”. Madrid, Tecnos, 1994, p 121).

¹⁷ Schmidt-Assman, Eberhard. “La teoría general del derecho administrativo como sistema”. Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 343.

La modificación más reciente respecto a la tramitación de los reglamentos en materia ambiental es la necesidad de contar con un pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, previsto en el artículo 71 letra f) de la LBGMA. El Consejo es un órgano colegiado y de carácter permanente¹⁸, presidido por el Ministro del Medio Ambiente.

La ley no califica la naturaleza jurídica del Consejo de Ministros. Entre los autores, Guzmán tampoco asume alguna naturaleza jurídica en particular¹⁹. Por su parte, Bermúdez, califica al Consejo de Ministros como un órgano consultivo²⁰, aunque no relaciona este carácter con cada una de las funciones del citado Consejo. A su vez, Guillof califica al mismo órgano como “deliberativo”, cuyos acuerdos son requisito de eficacia de las normas ambientales²¹. Por nuestra parte, creemos que la caracterización debe basarse en el análisis de cada una de las funciones y atribuciones, que la ley le atribuye al Consejo de Ministros. En consecuencia, creemos que el Consejo no tiene el mero carácter de un órgano consultivo, sino de carácter resolutivo. Lo anterior, a partir de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, fluye claramente de la Historia de la Ley N° 20.417, que precisamente creó este organismo, que se trata de un órgano de deliberación y coordinación²². Así, por lo demás, se comprende el cambio que buscó introducir el legislador respecto del rol de la antigua CONAMA que tenía un rol

¹⁸ Sus miembros permanentes son los Ministros (i) de Agricultura, (ii) de Hacienda, (iii) de Salud, (iv) de Economía, Fomento y Turismo, (v) de Energía, (vi) de Obras Públicas, (vii) de Vivienda y Urbanismo, (viii) de Transportes y Telecomunicaciones, (ix) de Minería, (x) de Desarrollo Social y Familia, (xi) de Educación, y (xii) de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.

¹⁹ Guzmán, Rodrigo. “Derecho Ambiental Chileno”. Santiago, Ed. Planeta Sostenible, 2012, p. 110.

²⁰ El autor precisa que “Justo con el establecimiento de órganos activos y de fiscalización, la Ley N° 20.417 también incorporó órganos consultivos de naturaleza pluripersonal. Esta es la característica del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, establecido en los arts. 71 y siguientes LBGMA” (Bermúdez, Jorge. “Fundamentos de Derecho Ambiental”. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, 2ª ed., p. 101).

²¹ Guillof, Matías. “Nueva institucionalidad ambiental: hacia una regulación deliberativa”. En: Anuario de Derecho Público 2011, Ediciones UDP, Santiago, 2011, pp. 236-237 y 240-242.

²² Al aprobarse su creación se justificó en que “está destinado a cumplir funciones y atribuciones en materia de regulación y definición de política pública ambiental y, en definitiva, actuar como un órgano de deliberación de política pública y no como dirección superior del Ministerio, además de que concentra aquellos aspectos de la política ambiental que son transversales.” (Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.417. p. 125). En particular, la Ministra Presidenta de la CONAMA de la época explicó las funciones del Consejo como en los siguientes términos: “tiene como objetivo principal el de constituir un órgano de deliberación de la política pública y regulación general en materia ambiental” (Ibídem, p. 437).

claramente consultivo frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República²³. Si la intención del legislador hubiera sido darle una naturaleza consultiva, lo habría hecho, como ocurre en el caso del Consejo Consultivo previsto en el artículo 76 LBGMA, mediante el cual se verifica la participación en la gestión administrativa de los interesados²⁴. Por tanto, cuando el legislador pretendió crear un órgano con funciones meramente consultivas lo hizo de manera explícita.

En segundo lugar, según el texto de la ley y la aplicación práctica que se ha hecho, es posible colegir que el legislador le ha dado a este trámite un carácter decisorio. En efecto, las funciones y atribuciones del Consejo de Ministros que se enumeran en el artículo 71, pueden ser agrupadas bajo dos tipos principales: “proponer” y “pronunciarse”. La primera expresión se reserva para “políticas de manejo, uso y aprovechamiento” de recursos naturales renovables, “políticas sectoriales” objeto de Evaluación Ambiental Estratégica, “criterios” de sustentabilidad para los Ministerios y servicios públicos y la creación de áreas protegidas (letras a) a d). La segunda expresión se reserva para cuestiones esencialmente normativas: los criterios de participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de las Declaraciones de Evaluación de Impacto Ambiental, y los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República sobre “normas de carácter ambiental” señaladas en el artículo anterior (que señala las funciones y atribuciones del propio Ministerio del Medio Ambiente). Precisamente, el legislador modificó la función que poseía la antigua CONAMA que se limitaba a “proponer” normas de carácter ambiental, por la función de “pronunciarse” sobre las normas ambientales, en manos del Consejo de Ministros, con la finalidad de fortalecer el control de este organismo respecto de la producción normativa en todo el Estado²⁵. Se confirma así la eficacia que se le dió al acuerdo del Consejo de Ministros. Adicionalmente, en la práctica, el pronunciamiento que efectúa el Consejo de Ministros tiene por objeto preciso aprobar o rechazar los proyectos de normas que

²³ Guiloff, Matías. ob. cit. pp. 233-235. Irrazábal, Ricardo y Barros, Manuel José. “Hacia un Estado que abogue por la sustentabilidad: el rol del Consejo de Ministros para la sustentabilidad y el Ministerio del Medioambiente”, En “Temas de actualidad: Diplomado en Medioambiente y desarrollo sustentable”, 2015, UC, pp. 18-22.

²⁴ Según Schmidt-Assmann en los procedimientos dirigidos a la aprobación de normas reglamentarias, éste debe asegurar que “la defensa de los intereses afectados, así como su confrontación y ponderación sean transparentes, y que estén representados adecuadamente todos los intereses” (Schmidt-Assman, Eberhard. ob. cit., p. 362).

²⁵ Guiloff, Matías, ob. cit., p. 235.

se someten a su conocimiento, adoptando acuerdos, que a su vez, como se verá, adquieren el carácter de vinculantes.

En tercer lugar resulta difícil darle al Consejo de Ministros el carácter de un órgano meramente consultivo porque el Consejo de Ministros está integrado precisamente por quienes tienen poder de decisión e intervienen *necesariamente, con su firma*, en la aprobación de los reglamentos, tal como se explicó en la sección anterior. No sería lógico que los Ministros competentes intervengan con su acuerdo en la aprobación del Reglamento y posteriormente efectúen modificaciones sustanciales al mismo. Lo contrario sería equivalente a admitir una actuación contraria a los actos propios, lo que no es admisible desde el punto de vista del principio de la buena fe, aplicable en las relaciones de la Administración con las personas²⁶. En relación con ello, la fase de aprobación por el Consejo de Ministros está dotada de elementos de transparencia y deliberación que están ausentes en las etapas posteriores. En consecuencia, una modificación sustancial que se incorporase posteriormente al pronunciamiento del Consejo de Ministros entraría en tensión con tales elementos que fueron precisamente buscados por el legislador al crear este trámite.

En cuarto lugar, el propio legislador le ha querido dar una eficacia jurídica a los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros al señalar que éstos “serán obligatorios para los organismos de la Administración del Estado al cual estén dirigidos” (artículo 73 LBGMA). Esta eficacia no sólo opera de manera *positiva*, de modo que lo decidido no puede ser después desconocido por los propios Ministros de Estado ni por otros organismos subordinados de carácter sectorial²⁷, sino que también opera de forma *negativa*, es decir, la omisión del pronunciamiento del Consejo de Ministros genera un vicio en el procedimiento de generación de las normas ambientales²⁸. En virtud de este precepto legal el autor Vergara Blanco señala que “no se consagra como un mero órgano consultivo, sino que es un órgano de deliberación vinculante para el resto de la Administración del Estado”²⁹.

²⁶ “La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever” (González Pérez, Jesús. “El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo”. Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2009, 5ª ed., p. 238.

²⁷ Guzmán, Rodrigo. ob. cit., p. 111. Irarrázabal, Ricardo y Barros, Manuel José. ob. cit., p. 26.

²⁸ Guiloff, Matías. ob. cit., pp. 241-242.

²⁹ Vergara Blanco, Alejandro. “Derecho Administrativo Económico”. Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 521-522.

Finalmente, desde un punto de vista sustantivo o del contenido de la regulación, en la potestad reglamentaria en materia ambiental la discrecionalidad tiene una manifestación particular. Si bien la doctrina admite que en materia ambiental existen amplios ámbitos de discrecionalidad, puesto que difícilmente la ley contiene ella misma los estándares ambientales aplicables a los regulados³⁰, también es cierto que el legislador no entrega una discrecionalidad exenta de contornos. Al contrario, la programación jurídica contiene estándares técnicos y especialmente principios que la potestad reglamentaria debe obedecer y que son parámetro de su validez³¹.

En consecuencia, si bien es cierto que, existiendo fundamentos que deben expresarse, el Presidente de la República podría revisar el acuerdo, naturalmente el Presidente de la República no tiene un poder absoluto: está limitado en este poder por las disposiciones de la ley habilitante y, especialmente en materia ambiental, por los estándares técnicos y los principios aplicables.

3.- Los principios internacionales y domésticos sobre el transporte transfronterizo de residuos

a.- Estado actual de la regulación

Si bien cualquier sustancia puede, en cantidades y concentraciones elevadas, causar daño a los seres humanos y otros organismos vivos, así como al medio ambiente, existen ciertas sustancias denominadas “tóxicas y peligrosas” que pueden causar un daño significativo incluso en cantidades pequeñas o minúsculas. Sin embargo, la presencia de sustancias y residuos tóxicos es una consecuencia inevitable de la vida moderna³².

³⁰ Schmidt Assmann, Eberhard. ob. cit. pp. 137.

³¹ Schmidt Assmann, Eberhard. ob. cit. pp. 56, y 138.

³² Guruswamy, Lakshman y Neville, Elizabeth. “International Environmental Law”. St. Paul, West Publishing, 2022, pp. 417 y 429.

Dado que la reducción por la demanda de los bienes que generan estos residuos es un objetivo casi imposible (más bien, su demanda ha sido creciente), las estrategias jurídicas han estado enfocadas en controlar de modo integrado, a nivel transnacional, el flujo comercial de estos residuos para así mitigar el flujo desde los países que los producen hacia aquéllos que los reciben, éstos últimos generalmente menos desarrollados³³.

Precisamente, la Convención de Basilea de 1992, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (DS 685/1992/Relaciones Exteriores), buscó controlar el transporte transfronterizo de residuos peligrosos, siempre que el Estado exportador carezca de la capacidad de disponer del residuo de la manera ambientalmente apropiada; sin impedirlo. Posteriormente, en 2019 entró en vigencia la Enmienda al Convenio de Basilea, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (DS 162/2019/Relaciones Exteriores). Esta última normativa buscó prohibir las exportaciones de residuos peligrosos desde países desarrollados a aquellos en vías de desarrollo.

En este contexto en nuestro país se aprobó el DS 2/2010/Salud que “Regula autorización de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos consistentes en baterías de plomo usadas”. En rigor esta normativa “prohíbe el movimiento transfronterizo de baterías de plomo usadas, desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesar estos residuos peligrosos”. El mismo decreto constata que en el país existe la capacidad técnica para eliminar los residuos peligrosos consistentes en baterías usadas de manera ambientalmente racional y eficiente³⁴.

³³ *Ibíd*em, pp. 429-432.

³⁴ Esta justificación descansa en un Informe del Departamento de Salud Ambiental del Ministerio de Salud de aquél entonces (hace más de 10 años) en que se constata que existían dos empresas autorizadas para el procesamiento de residuos (Tecnorec y Recimat) con suficiente capacidad para la eliminación de baterías de plomo ácido que cuentan con una capacidad total para procesar 47.300 toneladas de baterías desechadas anuales.

Según la Fiscalía Nacional Económica al año 2016 sólo existía un único operador en nuestro país, a saber, Recimat, (sin perjuicio de la existencia de un importante mercado informal). La prohibición del DS 2/2010/Salud fue como una importante barrera de entrada en su momento³⁵.

En este contexto, la Ley N° 20.920 (Ley REP), por medio de su artículo 8º, tuvo precisamente como objetivo alterar la situación creada por el DS 2/2010/Salud³⁶. De hecho, si bien la Contraloría General de la República se ha abstenido de declarar la ilegalidad sobreviniente del señalado decreto, lo ha hecho fundándose en que (a la sazón) se encontraba en tramitación el reglamento de ejecución del artículo 8º de la Ley N° 20.920. A continuación se hará una explicación del contenido de dicha ley en lo atinente al transporte transfronterizo de residuos.

b.- Los estándares de la Ley N° 20.920 (Ley REP)

Ante todo, la Ley REP hace aplicables a los importadores y exportadores de residuos las disposiciones del Convenio de Basilea, las que entonces adquieren una obligatoriedad directa. Por lo mismo, las disposiciones de dicho Convenio serán objeto de un tratamiento especial.

Del texto del artículo fluyen ciertos criterios o estándares que se analizarán a continuación. En primer lugar, la ley somete a autorización previa las actividades de importación, exportación y tránsito de residuos de todo tipo (artículo 8º inc. 3º). Por lo tanto, se trata de actividades permitidas, pero

³⁵ Informe del Jefe de División Antimonopolios al Fiscal Nacional Económico, de 6 de diciembre de 2016, rol 2396-16 FNE. La prohibición ha sido ampliada por la Contraloría General de la República a las baterías trituradas y sus componentes (Dictámenes 61053 y 69984 de 2011).

³⁶El representante del Ministerio del Medio Ambiente expresó que “el Ejecutivo no comparte la idea de establecer una prohibición de importar y exportar residuos, puesto que dicha prohibición acarrearía diversas consecuencias, algunas contrarias a los objetivos del presente proyecto de ley. Explicó que un número relevante de residuos de productos prioritarios, como las baterías, no tienen capacidad de valorización en el territorio nacional, por ende, de prohibir la exportación de estos productos, impediría cumplir con las metas de revalorización fijadas en el marco de la responsabilidad extendida del productor. Siguiendo con el ejemplo, aludió a la experiencia surgida de la aplicación del decreto supremo N° 2, que prohíbe el movimiento transfronterizo de baterías de plomo usadas desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesar estos residuos peligrosos. Lamentablemente, explicó, dicho decreto ha tenido dificultades en su operatividad, pues es de conocimiento público la existencia de una red de tráfico ilícito de baterías, motivada por la prohibición y la falta de capacidad instalada nacional. Además, otros países también podrían determinar la prohibición de importar residuos, impidiendo a Chile valorizar desechos por las razones ya explicadas.” (Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley del artículo N° 8 de la ley N° 20.920. p. 25).

reguladas. De una parte, las actividades de *exportación y tránsito* de toda clase de residuos y para todo destino (eliminación o valorización) quedan sometidas a las reglas generales. Por otra parte, la actividad de *importación* tiene un diferente régimen jurídico según el tipo de residuos y su destino. Tratándose de los residuos peligrosos, su importación para la *eliminación* está prohibida; pero su importación para la *valorización* está sometida a autorización siempre que se efectúe por “gestores autorizados, que cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental” (artículo 8º inc. 2º). Los demás residuos se someten a las reglas generales. Pero en cualquier caso el estándar de la autorización es del “manejo ambientalmente racional” (artículo 8º inc. 5º)³⁷.

Es importante destacar en este punto que la ley define específicamente qué se entiende por eliminación y valorización. Así, la *eliminación* es “Todo procedimiento cuyo objetivo es disponer en forma definitiva o destruir un residuo en instalaciones autorizadas” (artículo 3º N° 8). Por su parte, la valorización en general está definida como aquél “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. La *valorización* comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética.” (artículo 3º N° 30). Podemos ver entonces que es la ley la que directamente le da un significado a estos conceptos.

En segundo lugar, la ley somete la importación, exportación y tránsito de residuos al otorgamiento de garantías, que deben regularse por reglamento (artículo 8º inc. 3º).

En tercer lugar, la ley dota a la Administración de facultades de “policía ambiental”, en orden a controlar los riesgos que pueda acarrear la activador de importación o exportación cuando carece de la autorización respectiva. Así, faculta al Ministerio para 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 (artículo 8º inc. 4º).

³⁷ Cabe recordar que dicha expresión está definida en el Convención de Basilea en los siguientes términos: “8. Por “manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos o de otros desechos” se entiende la adopción de todas las medidas posibles para garantizar que los desechos peligrosos y otros desechos se manejen de manera que queden protegidos el medio ambiente y la salud humana contra los efectos nocivos que pueden derivarse de tales desechos.”

En cuarto lugar, la ley aplica un principio de transparencia, exigiendo a todo importador o exportador revelar cierta información, debiendo señalar, a lo menos, el tipo de residuo, la cantidad, su origen, tratamiento aplicado, e incluso el destino de los residuos que se generen, cuando corresponda. Dicha información deberá ser incorporada en el Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (artículo 8º inc. final).

En definitiva, y para efectos de este informe, la Ley N° 20.920 sólo prohíbe la importación de desechos peligrosos a Chile. La importación de otros residuos, así como la exportación y el tránsito de toda clase de residuos es una actividad sometida a autorización y control; sin perjuicio de las demás obligaciones que nacen de la Convención de Basilea, que es directamente aplicable, y que se pasa analizar.

c.- Los estándares del Convenio de Basilea

Los elementos centrales de la estrategia regulatoria adoptada por la Convención de Basilea pueden resumirse como sigue (i) la reducción de la generación de los desechos peligrosos al mínimo (*principio de la minimización de los residuos*, artículo 4.2.a); (ii) la eliminación de los desechos de un modo ambientalmente racional en instalaciones tan cercanas como sea posible (*principio de la proximidad de la eliminación*, artículo 4.2.b y c); (iii) la prohibición absoluta de exportar desechos peligrosos en ciertos casos, como por ejemplo a los Estados que no son parte de la Convención, a aquellos que han prohibido la importación o desde un Estado miembro de la OECD a un estado fuera de ella (artículo 4.1.b y c, 4.2.e, 4.5 y 4.6); (iv) en todos los demás casos, la exportación de desechos peligrosos debe cumplir con el sistema establecido por la Convención, esto es, la disposición debe ser efectuada de una manera ambientalmente racional en el país de importación y el movimiento transfronterizo debe cumplir ciertas condiciones, fundamentalmente el consentimiento previo e informado (artículo 6); (v) los desechos peligrosos que sean exportados de modo ilícito o que no son eliminados de una manera ambientalmente racional deben ser re-importados al país de origen (artículo 8)³⁸.

³⁸ Dupuy, Pierre-Marie y Viñuales, Jorge. "International Environmental Law". Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 2ª ed., pp. 273-274.

En lo que es relevante para este informe es importante dilucidar en detalle en qué casos la Convención prohíbe el transporte transfronterizo de residuos peligrosos y en cuáles lo permite y bajo qué regulaciones en este último caso.

En primer lugar, la Convención regula en términos generales la posibilidad de autorizar el movimiento transfronterizo de residuos en el artículo 4.9 de la Convención. Dicha norma autoriza el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos sólo 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 desechos 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”³⁹ (subrayado agregado).

Como puede verse se trata de dos supuestos alternativos, que habilitan al Estado parte a emplear un margen de decisión importante, pero acotado. Dicho artículo no prohíbe de modo absoluto el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, ni tampoco exige agotar la capacidad técnica doméstica, sino que faculta a los Estados parte a emplear como criterios de regulación (i) si en el Estado de origen (exportador) existe la capacidad técnica, servicios o lugares aptos para la “eliminación” (sin restringir su significado, de acuerdo con el artículo 2.4, como se verá) o bien, (ii) si en el Estado de destino (importador) existe necesidad, es decir, demanda, de estos desechos para el reciclaje o recuperación. No se trata de requisitos copulativos, sino de hipótesis alternativas que facultan al Estado parte a adoptar diferentes soluciones regulatorias.

En segundo lugar, es necesario dilucidar qué entiende la Convención por “eliminación”, puesto que en principio parece utilizar una definición amplia (Artículo 2(4))⁴⁰. De este modo, en tal definición quedan abarcadas las expresiones de eliminación y valorización que usa la Ley REP. Sin embargo, del

³⁹ Adicionalmente, se admite el movimiento transfronterizo en una tercera hipótesis, si “el movimiento transfronterizo de que se trate se efectúa de conformidad con otros criterios que puedan decidir las Partes, a condición de que esos criterios no contradigan los objetivos de este Convenio” (Artículo 4.9.c).

⁴⁰ “4. Por “eliminación” se entiende cualquiera de las operaciones especificadas en el Anexo IV del presente Convenio.”.

Anexo IV y especialmente de la Enmienda se observa una plena coincidencia entre la Convención y la Ley, en cuya virtud, es posible distinguir entre eliminación propiamente tal, como sinónimo de disposición final, y eliminación para otros usos, como sinónimo de valorización. En el siguiente recuadro se puede observar mejor de qué modo coinciden:

	Eliminación propiamente tal	Valorización
Convención de Basilea de 1992	Anexo IV.A.- Operaciones <u>que no pueden conducir</u> a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos	Anexo IV.B.- Operaciones <u>que pueden conducir</u> a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa y otros usos
Enmienda de 2019	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 (Artículo 4 A.1, nuevo)	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 peligrosos 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 sólo quedará prohibido si los desechos de que se trata han sido caracterizados como peligrosos con arreglo a lo dispuesto en el Convenio (Artículo 4 A.2, nuevo).

Tabla N° 1. Elaboración propia.

Como puede verse, el principal efecto que tuvo la adopción de la Enmienda de 2019 fue prohibir la exportación de desechos peligrosos para disposición final y reciclaje desde países miembros de la Unión Europea, la OECD y Liechtenstein (Anexo VII) hacia los demás miembros de la Convención⁴¹.

De lo señalado anteriormente puede concluirse que según el texto del propio Convenio de Basilea y su Enmienda, en relación con la Ley REP, no existe una prohibición absoluta de exportar desechos peligrosos, sino que estos instrumentos crean un sistema de controles que pueden significar en algunos casos una prohibición, y en otros pueden significar una limitación y control⁴².

III.- Análisis de la cuestión planteada

1.- Debe respetarse la aprobación del Consejo de Ministros

En este estado, podemos contestar directamente las cuestiones planteadas en el presente informe. Ante todo, cabe referirse a la eficacia que tiene, en relación con el procedimiento de aprobación de los reglamentos de carácter ambiental, la aprobación prestada por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, el 14 julio de 2022, al Proyecto de Reglamento sobre el movimiento transfronterizo de residuos.

Cabe recordar que el Reglamento corresponde a la ejecución de la convocatoria que hace el artículo 8° inc. 3° de la Ley N° 20.920 a la potestad reglamentaria de ejecución en materia de “requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos” y las garantías asociadas.

⁴¹ Guruswamy, Lakshman y Neville, Elizabeth. “International Environmental Law”. St. Paul, West Publishing, 2022, p. 446.

⁴² *Ibidem*.

En efecto, el día 14 de julio de 2022, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático suscribió el Acuerdo N° 14/2022 por intermedio del cual se pronunció favorablemente sobre el Reglamento.

Esta es la segunda ocasión en que el Consejo de Ministros se pronuncia sobre una propuesta de Reglamento dirigida a cumplir con el artículo 8° inc. 3° de la Ley N° 20.920. La primera vez se produjo el día 29 de mayo de 2017, fecha en que el Consejo de Ministros se pronunció favorablemente sobre un proyecto de Reglamento (DS 9/2017/Medio Ambiente) que fue posteriormente representado por la Contraloría General de la República, en septiembre de 2020.

Es importante destacar que la razón de la representación radicó en “que las modificaciones sustanciales que se han introducido al reglamento de que se trata, luego de cinco retiros y reingresos a esta Entidad de Control... impiden atribuir su contenido a las autoridades de la anterior Administración que aparecen suscribiéndolo”⁴³.

De este modo, resolviendo la consulta planteada según los principios y criterios señalados en la sección anterior, podemos afirmar que ***no es posible modificar sustancialmente (es decir, en su contenido prescriptivo⁴⁴) el texto del Reglamento propuesto en sus etapas posteriores***, a saber, tras su suscripción por todos los Ministros competentes y el Presidente de la República, como se pasará a explicar.

En primer lugar, ciertamente *no es posible hacer una modificación sustancial después de que el Reglamento ha sido firmado por los Ministros respectivos y el Presidente de la República*. Precisamente esa es la razón de la representación efectuada por la Contraloría General de la República en septiembre de 2020. Lo que se reprochó en ese caso no es otra cosa que el uso abusivo de la facultad que tienen los

⁴³ Contraloría General de la República, Oficio E32398/2020. Adicionalmente la Contraloría fundó la representación en el dilatado tiempo transcurrido desde el cambio de gobierno.

⁴⁴ Entendemos que el contenido prescriptivo del reglamento (más bien, de cada una de sus partes) en tanto norma jurídica consiste en mandar, prohibir o permitir. No podría en las etapas posteriores alterarse el sentido de los mandatos, prohibiciones o permisiones (mandando lo que está prohibido, prohibiendo lo que está permitido, etc.) sin infringir el ordenamiento jurídico. Sobre la estructura de las normas v. Guastini, Ricardo. “La sintaxis del derecho”. Madrid, Marcial Ponsa, 2014, pp. 49-56 y 63-74..

Subsecretarios de retirar los decretos durante el trámite de toma de razón, pero ya firmados por los Ministros competentes y el Presidente de la República. Esta facultad, como ya se explicó está reservada para “corregir errores manifiestos de escritura o numéricos”. Incluso si se aceptara un uso amplio (pero legítimo) de dicha facultad ésta sólo podría emplearse para modificaciones accesorias que faciliten el cumplimiento del acuerdo ya adoptado por el Consejo de Ministros, pero en ningún caso para alterar su sentido. En el caso de los reglamentos de contenido ambiental este límite es aún más importante, puesto que según se observó en la Historia de la Ley, la finalidad de someter estas normas a la aprobación del Consejo de Ministros es darle una eficacia transversal. En cambio, mediante el empleo de retiro y reingreso sucesivo y reiterado del reglamento durante el trámite de toma de razón se pierde esa transversalidad, puesto que es una gestión que recae únicamente en la Subsecretaría que despachó originalmente el reglamento.

En segundo lugar, más difícil es abordar el problema de si mientras está pendiente de firma por el Presidente de la República el reglamento pueda sufrir modificaciones. No debe perderse de vista que la Constitución atribuye directamente a dicha autoridad la potestad reglamentaria, sin que puedan otras normas inferiores desconocerla.

Sin embargo, la simple titularidad de la potestad reglamentaria no significa que sea un poder sin límites. El legislador ha creado en este caso un procedimiento especial para su ejercicio y éste debe ser respetado, incluso por el Presidente de la República. Podría pensarse que el pronunciamiento del Consejo de Ministros tiene el carácter que le da el artículo 37 de la LBPA a los “informes preceptivos” dentro del procedimiento administrativo que, por regla general no son vinculantes (artículo 38 LBPA). Sin embargo, es importante recordar que la señalada ley sólo excepcionalmente se aplica al procedimiento de aprobación de reglamentos⁴⁵, el que no prevé este tipo de informes⁴⁶. Además, el

⁴⁵ “[A]l revisar la LBPA queda claro que la intención del legislador fue la de regular la producción de actos administrativos en cuanto decisiones de aplicación del ordenamiento jurídico, mas no de reglamentos, en cuanto actos de normación” (Bermúdez, Jorge. ob. cit. p. 178).

⁴⁶ El artículo 37 bis de la misma ley tampoco es aplicable. No sólo porque, insistimos, la Ley N° 19.880 sólo excepcionalmente se aplica al ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, sino porque incluso si le diésemos aplicación dicha norma tiene por función hacer efectiva la coordinación intersectorial. Luego, su aplicación es desplazada por la aplicación del mismo artículo 71 LBGMA que regula un modo especial de coordinación: la aprobación por el Consejo de Ministros.

mismo artículo 38 admite que la ley le dé carácter obligatorio a estos informes, por lo que la cuestión esencial sigue siendo la de interpretar la naturaleza de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros que como hemos dicho son de carácter resolutivos. Finalmente, no resulta lógico darle carácter de un simple informe no vinculante a un acuerdo adoptado por los propios Ministros que deben concurrir con su firma a los reglamentos de carácter ambiental. Lo contrario significaría admitir que los órganos administrativos vayan contra los actos propios.

De este modo, es posible sostener que con posterioridad a la aprobación del Consejo de Ministros el texto del reglamento no puede modificarse sustancialmente por una mera decisión de las oficinas que participan en la tramitación del mismo. Primero, porque tratándose de todos los demás órganos de la Administración del Estado el acuerdo goza de eficacia obligatoria en virtud del artículo 73 LBGMA. Segundo, porque tratándose de los Ministros que intervinieron con su aprobación en el acuerdo, éstos no podrían después desconocer su aprobación previa⁴⁷.

Ahora bien, esto no implica que el reglamento sea imposible de modificar sustancialmente una vez aprobado por el Consejo de Ministros, sino que de existir una decisión de la autoridad competente, *lo que cabe revisar es el acuerdo del Consejo de Ministros*. Esto es, tanto los Ministros de Estado llamados a suscribir el decreto como el Presidente de la República podrían alterar dentro de sus atribuciones el texto, pero ello requeriría como trámite previo un nuevo pronunciamiento del Consejo de Ministros. Cabe insistir que estas alteraciones no podrían exceder en ningún caso las limitaciones impuestas por la programación normativa configurada por la ley habilitante, estándares técnicos y principios aplicables a la materia. En el caso bajo análisis el artículo 8º de la Ley REP desarrolla estas limitaciones.

⁴⁷Esta eficacia obligatoria entendida como vinculación de todos los sectores involucrados fue precisamente la que se tuvo a la vista en la Historia de la Ley. La Ministra de la época señaló: “Señaló que la creación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, responde a una lógica distinta a la existente hasta hoy, en el sentido que hasta la fecha ha sido la CONAMA quién se ha encargado de generar políticas y regulaciones medioambientales, afirmando que los sectores no se han hecho cargo de replicar tales políticas y regulaciones en sus respectivos ámbitos. Añadió que este es el momento para hacer el proceso con reciprocidad, de manera de establecer que las políticas y regulaciones que se dicten en el marco de un acuerdo del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, sean obligatorias para todos los sectores, los cuales, por consiguiente, pierden la potestad de regular en materia ambiental, sin previamente recurrir al señalado Consejo de Ministros para la Sustentabilidad” (Biblioteca del Congreso Nacional, ob. cit., p. 440).

2.- ***El reglamento está conforme a los principios internacionales***

a.- El Reglamento sólo autoriza la exportación dentro las hipótesis previstas en la Convención de Basilea

Cabe recordar que, según la Convención de Basilea, sólo se admite la exportación de desechos peligrosos para disposición final y reciclaje hacia países miembros de la Unión Europea, la OECD y Liechtenstein. Precisamente, el Reglamento bajo análisis autoriza la exportación de desechos tóxicos en su artículo 4º en los siguientes términos:

“Artículo 4º.- Exportación. Sólo se permitirá la exportación de residuos peligrosos para su valorización cuando se acredite que dichos residuos serán sometidos a un manejo ambientalmente racional por un destinatario autorizado de conformidad con la regulación aplicable, que se encuentre en un país que sea miembro de la OCDE, de la Comunidad Europea o de Liechtenstein. Para efectos de acreditar el manejo ambientalmente racional de los residuos, el exportador deberá presentar antecedentes que prueben que la legislación y la regulación en el país de destino tiene estándares iguales o superiores a Chile en cuanto a emisiones al aire, descargas de efluentes, manejo de residuos peligrosos y la presencia de sustancias peligrosas en los lugares de trabajo.

Se prohíbe exportar residuos peligrosos para su eliminación, en tanto exista en el país capacidad técnica para eliminarlos de acuerdo con un manejo ambientalmente racional y eficiente.

Si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente⁴⁸, no hubiere capacidad técnica, regirá la misma regla señalada en el inciso primero.”

⁴⁸ “Artículo 5º.- Capacidad técnica. La capacidad técnica para eliminar los residuos peligrosos se determinará considerando el total de las instalaciones de eliminación de residuos peligrosos en el país que:

1. Se encuentren en funcionamiento;
2. Estén disponibles para recibir y eliminar los residuos, entendiéndose que están disponibles cuando pudieren manejar y eliminar los residuos dentro de un plazo de hasta seis meses a contar del momento en que se solicita este tratamiento; y
3. Cuenten con las autorizaciones que exige la normativa vigente, que las habilite para el tratamiento del residuo peligroso de que se trate.

Corresponderá al exportador interesado aportar al Ministerio los antecedentes que acrediten la falta de capacidad técnica, debiendo el Ministerio resolver, mediante resolución fundada, en el plazo de 60 días a contar de la presentación de todos los antecedentes por parte del interesado”.

De este texto se desprende que el Reglamento autoriza la exportación para fines de valorización (bajo el parámetro de manejo ambientalmente racional) y excepcionalmente para fines de disposición final (bajo el parámetro de ausencia de esta capacidad técnica nacional). En efecto, el Reglamento realiza una distinción según el destino o finalidad de la operación de exportación de los desechos o residuos peligrosos.

i.- De una parte, tratándose de la exportación para fines de valorización (entendida como otros destinos que permiten algún tipo de uso), esta queda permitida bajo los siguientes requisitos copulativos: (i) que el destinatario se encuentra en un país que sea miembro de la OCDE, de la Comunidad Europea o de Liechtenstein; (ii) que el destinatario someterá los residuos a un manejo ambientalmente racional por un destinatario autorizado de conformidad con la regulación aplicable. De este modo, el Reglamento cumple con el Convenio de Basilea porque no permite la exportación de desechos peligrosos para disposición final y reciclaje *desde* países miembros de la Unión Europea, la OECD y Liechtenstein (Anexo VII) *hacia* los demás miembros de la Convención de Basilea.

En este caso se ha optado por la estrategia regulatoria prevista en el artículo 4.9.b en relación con el artículo 4.2 de la Convención de Basilea, ya analizado, lo que a su vez se ajusta estrictamente a lo establecido en la Enmienda de Prohibición ya analizada. Es importante recordar que el reglamento explicita la recepción en el derecho nacional del concepto de eliminación entendida como valorización, analizado en la Tabla N° 1, puesto que la define en los mismos términos que el Anexo IV B de la Convención, a través de su artículo 2º N° 27 como “Conjunto de acciones cuyo objeto es recuperar un residuo, uno o varios materiales que lo componen y/o el poder calorífico de los mismos, a través de las operaciones identificadas en el anexo IV, sección B (“Operaciones que pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa y otros usos”)”. Adicionalmente, el reglamento pone de cargo del interesado acreditar ante la autoridad el “manejo ambientalmente racional”, definiendo los elementos para ello.

ii.- De otra parte, tratándose de la exportación para fines de eliminación (entendida como sinónimo de disposición final), esta queda prohibida según el criterio de “capacidad técnica nacional”

para su eliminación “de acuerdo con un manejo ambientalmente racional”. El reglamento opta por la estrategia regulatoria prevista en el artículo 4.9.a de la Convención de Basilea, ya analizado. Es importante recordar que el reglamento explicita la recepción en el derecho interno del concepto de eliminación entendida como disposición final, analizado en la Tabla N° 1, puesto que la define en los mismos términos que el Anexo IV A de la Convención, a través de su artículo 2º N° 8 como “Todo procedimiento cuyo objeto es disponer en forma definitiva o destruir un residuo en instalaciones autorizada a través de las operaciones identificadas en el Anexo IV, sección A (“Operaciones que no pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos”)”. El reglamento pone de cargo del interesado probar la ausencia de esta capacidad técnica nacional, en cuyo caso la exportación podría autorizarse en los términos señalados para la exportación para fines de valorización.

En definitiva, podemos observar que el Reglamento respeta las disposiciones de la Convención de Basilea en tanto permite la exportación de residuos tóxicos, especialmente para su valorización, sólo tratándose de países que sean miembros de la OCDE, de la Comunidad Europea o de Liechtenstein y bajo un criterio de manejo ambientalmente racional.

b.- No es efectivo que deba agotarse la capacidad interna para la eliminación para así autorizar la exportación para la valorización de residuos

En relación con lo anteriormente dicho, podría interpretarse que en virtud del uso equívoco de la expresión “eliminación”, que en su sentido amplio abarca la eliminación entendida como disposición final así como la valorización, se impondría una prohibición general de autorizar la exportación de residuos peligrosos (para cualquier fin) mientras exista una “capacidad técnica para su eliminación de acuerdo con un manejo ambientalmente racional”.

Esta idea haría una interpretación extensiva de la expresión “eliminación” que hace la Convención de Basilea en su artículo 2.4, como abarcadora de todas las operaciones contempladas en el Anexo IV, esto es, ya sea que estén dirigidas a la disposición final (Anexo IV A) o a la valorización (Anexo IV B), aplicándola al artículo 4.9 de modo que, en esta interpretación, la exportación para fines

de eliminación (en sentido amplio) sólo estaría permitida si en el país no existe capacidad técnica para su eliminación (en sentido restringido, esto es, entendida como disposición final).

Esta interpretación debe ser rechazada. En primer lugar, porque la Convención no impone como única estrategia regulatoria para autorizar la exportación de desechos peligrosos el agotamiento de la capacidad técnica nacional. Al contrario, el artículo 4.9 de la Convención habilita a adoptar diferentes estrategias regulatorias, donde el agotamiento de la capacidad técnica nacional es una posible, junto a otras, como la valorización en otros Estados Parte de la Convención (sujetándose a la Enmienda de Prohibición) y, además, mediante la suscripción de acuerdos bilaterales compatibles con la Convención.

En segundo lugar, esta interpretación está en pugna con lo señalado por la propia Ley REP. En efecto, en dicha normativa, cuando se ha optado por prohibir alguna modalidad de transporte transfronterizo de desechos se ha dicho expresamente (así ocurre con la importación para fines de eliminación). Adicionalmente, es la propia Ley REP - que es la fuente directa del Reglamento bajo análisis - la que adopta la distinción entre eliminación y valorización. La objeción que se analiza en esta sección realiza un reproche indirecto a la Ley y no al Reglamento. El Reglamento no puede estimarse ilegítimo si se ajusta a los parámetros establecidos en la Ley y, además, adopta las mismas definiciones que la Convención de Basilea.

Finalmente, no es correcto interpretar del mandato general de la Convención de Basilea, en orden a reducir al mínimo los movimientos transfronterizos de desechos (artículo 4.2.a), una suerte de prohibición absoluta. Ante todo, porque el mandato de minimización es precisamente un mandato de carácter relativo. Cuando la Convención ha establecido una prohibición absoluta lo ha hecho en términos categóricos y explícitos. Esa es precisamente la finalidad de la Enmienda de Prohibición. Además, el mandato de minimización contiene calificativos que al mismo tiempo que dirigen la decisión del Estado le permiten un margen de apreciación. Así, la minimización reconoce que el transporte transfronterizo debe ser (i) “compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente”

de los desechos, y (ii) realizado “de forma que se protejan la salud humana y el medio ambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento”.

c.- No existe impedimento para derogar el DS 2/2010/Salud

De un modo similar a lo dicho anteriormente, podría sostenerse que esta norma al contener una prohibición absoluta para la exportación de las baterías fuera de uso resulta una mejor garantía para la protección del medio ambiente y que la propuesta de Reglamento, en cambio, al permitir en ciertas hipótesis la exportación entraría en contradicción con el mandato de minimización recién analizado (artículo 4.2.a). Esta idea estaría reforzada por el hecho de que el DS 2/2010/Salud tiene como fundamento la constatación fáctica sobre existencia de capacidad técnica nacional que no está presente en la propuesta de Reglamento.

Esta interpretación también resulta errónea. En primer lugar, porque como se ha dicho antes el criterio de la existencia de una capacidad técnica nacional para la eliminación es una de las estrategias regulatorias que admite el artículo 4.9 de la Convención de Basilea, junto con otras alternativas. Como ya se estableció, no es necesario acreditar la ausencia de una capacidad técnica nacional para autorizar la exportación de residuos peligrosos para fines de valorización.

En segundo lugar, la interpretación señalada antes resulta errónea porque el fundamento jurídico y fáctico del DS 2/2010/Salud ha desaparecido. En efecto, de una parte, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.920 ha variado los supuestos jurídicos de la regulación del transporte transfronterizo de residuos peligrosos, puesto que ha introducido un esquema regulatorio, descrito precedentemente, que es incompatible con la prohibición absoluta del decreto actualmente en vigor. De hecho, bien podría pensarse que la derogación expresa del decreto vigente es una necesidad de la plena entrada en vigencia de la ley. De otra parte, existen buenas razones para concluir que los supuestos fácticos del DS 2/2010/Salud, esto es, la existencia de una capacidad técnica interna de manejo de acuerdo con criterios ambientalmente racionales han variado. Esto ha sido constatado por la Fiscalía Nacional Económica ya en 2016.

Finalmente, una interpretación como la que aquí se analiza significaría que el DS 2/2010/Salud se habría transformado en “inderogable”, como una especie de única solución regulatoria posible desde el punto de vista del derecho internacional, lo que ciertamente resulta contrario a la amplia discrecionalidad que la Constitución le otorga al Presidente de la República para ejecutar la ley mediante reglamentos, así como al margen de apreciación que entrega a los Estados la Convención de Basilea y también al esquema regulatorio que consagra la Ley N° 20.920.

IV.- Conclusiones

En el presente informe se analizó el contenido del actual proyecto de Reglamento que regula el Movimiento Transfronterizo de Residuos aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, el 14 julio de 2022. Desde un punto de vista formal, se estudió la posibilidad de que el Reglamento pueda ser modificado en etapas posteriores al pronunciamiento efectuado por el Consejo de Ministros, a la luz del derecho administrativo y de las disposiciones. Por otra parte, en un análisis de fondo, se examinó si es que el contenido del Reglamento se encuentra en conformidad a la Ley REP y a la Convención de Basilea y su enmienda.

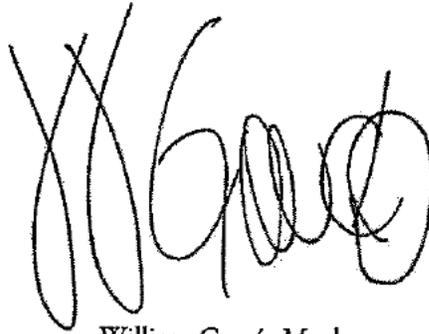
Respecto a la posibilidad de que el texto del Reglamento pueda ser objeto de cambios con posterioridad a la aprobación del Consejo de Ministros, se determinó que una modificación sustantiva no es posible por parte de las oficinas ministeriales que participaron de su tramitación, puesto que esta aprobación tiene eficacia vinculante. Sólo sería posible una revisión mediante la adopción de un nuevo acuerdo del Consejo de Ministros. Resulta especialmente inadmisibles una modificación sustancial que se realice después de la firma del decreto respectivo por el Presidente de la República.

En cualquier caso, una modificación sustancial, con los límites recién indicados, siempre está limitada por la programación normativa previa contenida en la ley habilitante, los estándares técnicos y los principios propios del derecho ambiental.

En cuanto a la conformidad del Reglamento con la Ley REP y con la Convención de Basilea y su Enmienda, es posible concluir que el contenido del Reglamento se ajusta a estas normas, en tanto,

tales instrumentos no disponen una prohibición general absoluta de exportar desechos peligrosos, sino que establecen reglas de limitación y control. En particular, el Reglamento distingue el destino o finalidad de la operación de exportación de los desechos o residuos peligrosos. En este sentido, autoriza la exportación para fines de eliminación (entendida como valorización) sólo en aquellas hipótesis permitidas por la Enmienda al Convenio de Basilea . Respecto a la exportación, en términos generales, el Reglamento la prohíbe para fines de eliminación (entendida como disposición final) en tanto exista una “capacidad técnica para su eliminación de acuerdo con un manejo ambientalmente racional”.

En cualquier caso, la derogación del actual DS 2/2010/Salud es una consecuencia lógica del nuevo sistema introducido por la Ley REP y por las nuevas circunstancias fácticas de la industria.



William García Machmar

William Harold
García Machmar



Firmado electrónicamente según Ley 19799

el 21-03-2023 a las 13:56:43 con Firma Electrónica Avanzada

Código de Validación: 1679417803561

Validar en: <https://www5.esigner.cl/esignercryptofront/documento/validar/>

Distribución:

Subsecretario Ministerio del Medio
Ambiente Maximiliano Proaño

Jefe Economía Circular
Tomás Saiz

Fiscal Ministerio del Medio Ambiente
Ariel Espinoza

Informe encargado por ANIR con
el objetivo de colaborar y funda-
mentar su transición y publicación.