

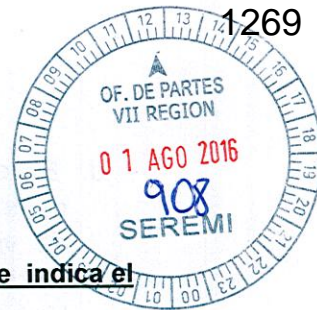


01944

1269

ORD. : N° _____ /

ANT. : Su Ord. N° 348/2016

MAT. : En respuesta a Ord-. Que indica el Antecedente

TALCA,

22 JUL 2016

**DE: RAFAEL SANTANDER CABELLO
SECRETARIO MINISTERIAL DE SALUD (S) REGIÓN DEL MAULE**

**A: SRTA. MARIA ELIANA VEGA FERNÁNDEZ.
SEREMI DEL MEDIO AMBIENTE
REGIÓN DEL MAULE**

En relación a lo solicitado en su Ord N° 348/2016 del 04-07-2016 se puede informar que profesionales de esta SEREMI de Salud procedieron a la evaluación del segundo borrador del anteproyecto del Plan de descontaminación Atmosférica para el Valle Central de la provincia de Curicó, sobre el particular se pueden hacer las siguientes observaciones técnicas y de fondo respecto de los alcances del proyecto sujeto a evaluación:

I. OBSERVACIONES TÉCNICAS.

1. GENERALIDADES.

Como se planteó en las primeras observaciones, la misión de esta SEREMI es velar por la salud de la población de la Región del Maule, por lo que se evaluaron algunos de los antecedentes entregados (sin perjuicio que por la escasez de tiempo para formular observaciones no se pudieron analizar todos) de la declaración de saturación del valle central de la provincia de Curicó, al respecto llama la atención:

- a. Que el D.S. N° 12/2011 en su Art 4 letra a) norma que los promedios diarios se obtienen de una estación con representación poblacional (EMRP); para declarar saturadas las 6 comunas de la provincia de Curicó se utilizan los datos obtenidos en el año 2014, no obstante que la estación de medición obtiene su representación población mediante Resolución Exenta N° 617 del 27-07-2015.

Incluso el reporte del Ministerio de Medio Ambiente (Ord. N° 142627 del 03-07-2015) con la información para declarar saturada las comunas fue antes de la declaración de EMRP de la estación.

- b. No queda clara la obtención de los datos con los cuales se alimentó el modelo matemático del inventario de emisiones, Según información que nos fue entregada por representante de la Seremi de Medio Ambiente en reunión llevada a efecto el día 04 de Julio del presente año en dependencias de nuestras oficinas en Curicó.
- c. La base del Plan de descontaminación es su inventario de emisiones con todo lo que ello conlleva, es por eso que para esta SEREMI de Salud es importante, no obstante ser un hecho consumado para el proyecto que se está evaluando.

- d. En el punto 1.3 letra a) se habla de la red de vigilancia de calidad del aire en el valle central de la provincia de Curicó, se estima que no corresponde ya que no existe una red de vigilancia sino una estación ubicada en la comuna de Curicó, cuya cobertura no corresponde a la real conforme según lo publicado en sitio: http://www.ecfr.gov/cgi-bin/retrieveECFR?gp=&r=PART&n=40y6.0.1.1.6#ap40.6.58_161.d
Link: Appendix D to Part 58—Network Design Criteria for Ambient Air Quality Monitoring.
- e. En el punto 4 del informe se menciona que los datos de emisiones tanto de fuentes fijas como de las difusas se obtuvieron del RETC. De lo anterior, surge la duda si existe información fidedigna y certificada respecto de las fuentes difusas (uso residencial de leña) en el sistema de registro, toda vez que a la información que posee esta SEREMI, solo se han declarado fuentes industriales.
- f. Se insiste como se dijo en su oportunidad, que sería conveniente considerar algún indicador de salud teniendo presente que el objetivo del plan es proteger la salud de las personas y esto no se visualizara sino existe un monitoreo que contemple dichos criterios.

2. CONTROL DE EMISIONES ASOCIADAS A CALEFACCIÓN DOMICILIARIA.

2.1. Fiscalización de la humedad de la leña: Se reitera esta SEREMI de Salud no tiene y no ha tenido atribuciones para fiscalizar la humedad de combustibles, ya que este parámetro por sí solo no representa un riesgo para la salud de las persona.

Por lo anterior, no se contará con presupuestos y no se nos ha solicitado lo que implica económicamente las actividades que se nos están asignando en este instrumento ambiental, creemos que los que debemos realizar tal calculo, si se nos asignan las actividades es nuestro sector ya que conocemos nuestras debilidades y fortalezas, lo demás son supuestos.

3. REGULACIÓN REFERIDA AL USO Y MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE LOS ARTEFACTOS

Se mantienen nuestras aprensiones respecto a las obligaciones establecidas en los arts. 16, 17, 18, 19 del proyecto PDA propuesto para nuestra SEREMI de salud, por:

- Que nuestra legislación sectorial no contempla dichas actividades
- La experiencia que se ha tenido en las alertas ambientales,
- La incongruencia que se generara al momento de sancionar ya que el Código Sanitario no contempla estas actividades y no tendremos el respaldo legal que actualmente decretan las alertas ambientales.

4. PRE EMERGENCIAS.

Se mantiene prevenciones realizadas en su oportunidad, no existiendo respuesta de vuestro servicio a la consulta respecto a la determinación del órgano o autoridad que fiscalizará las empresas sometidas al cumplimiento del plan propuesto en relación a la medida de paralización de las fuentes fijas.

5. CONCLUSIONES:

Menciona que con los antecedentes entregados se puede concluir que las comunas situadas en el polígono de Valle Central de Curicó contempladas en la norma primaria diaria de calidad ambiental para MP2, 5 se encuentra con niveles por sobre el 100% de ésta, considerándose que no se puede concluir aquello si no se conoce la procedencia de los datos que alimentaron los modelos matemáticos.

6. RESUMEN EJECUTIVO:

Punto 5 del informe menciona que los datos corresponden a mediciones realizadas por la estación de calidad del aire instalada en Curicó, se estima que no tiene cobertura para toda la provincia. Datos: http://www.ecfr.gov/cgi-bin/retrieveECFR?gp=&r=PART&n=40y6.0.1.1.6#ap40.6.58_161.d

Link: Appendix D to Part 58—Network Design Criteria for Ambient Air Quality Monitoring.

7. FISCALIZACIÓN, VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO Y ACTUALIZACIÓN DEL PLAN.

- a. Se reitera que esta SEREMI de Salud no tiene inconvenientes de asumir en forma las actividades de fiscalización propuestas por el PDA, pero previa delegación de SMA, conforme lo indicado el capítulo siguiente, sin perjuicio de destacar que pero deberán asignarse los recursos necesarios (contratación de profesionales, dependencias para ellos, equipos, movilización, etc.)

II. OBSERVACIONES DE FONDO

A. COMPETENCIAS DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN PDA CURICO.

Que, sobre el particular cabe recordar que conforme lo establecido en los artículos noveno transitorio de la ley N° 20.417 -que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente-, y primero transitorio, inciso primero, de la ley N° 20.600 -que crea los Tribunales Ambientales-, las normas establecidas en los Títulos II “De la Fiscalización Ambiental”, salvo el párrafo 3°, y III “De las Infracciones y Sanciones” de la ley orgánica de la referida Superintendencia, las facultades conferidas al órgano en cuestión entraron en vigencia a contar del 28 de diciembre de 2012.

Del mismo modo los incisos segundo y tercero del mismo artículo 2° que los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus atribuciones y potestades en ese ámbito, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la referida Superintendencia, y deberán adoptar y respetar los criterios que ésta fije en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitarle que se pronuncie a ese respecto. (Facultades contenidas en el Código Sanitario y que no sean de competencia de la SMA).

Como puede apreciarse de la preceptiva antes citada, la Superintendencia del Medio Ambiente tiene como principal función la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental enunciados en el inciso primero del artículo 2° de su ley orgánica, labor que puede ejecutar, ya sea directamente, o mediante su encomendación a los

organismos de la Administración del Estado con competencias ambientales sectoriales, o bien, según lo autoriza el artículo 24 de ese mismo texto legal, a través de entidades técnicas acreditadas.

En mérito de lo expuesto, cabe concluir que, a partir del 28 de diciembre de 2012, la autoridad sanitaria, dado su carácter de organismo sectorial, sólo debe fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental en comento, en la medida que esa Superintendencia le encomiende la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, para lo cual ha de ajustarse a los criterios que aquella fije en relación a la forma de desempeñar tales labores. (Aplica dictamen N°25081 del año 2013).

En este contexto, debe tenerse presente que el artículo 16, letras b), d), f) y g), de la ley orgánica de la Superintendencia del Medioambiente, previene, en lo que interesa, que para el desarrollo de las actividades de fiscalización, la Superintendencia deberá establecer anualmente subprogramas sectoriales de fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de los planes de prevención y/o de descontaminación, de las normas de emisión y de otros instrumentos de gestión ambiental, donde se identificarán las actividades que al efecto llevará a cabo cada servicio u organismo sectorial competente.

Enseguida, su artículo 22 dispone que la Superintendencia realizará la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, como también encomendará dichas acciones a los organismos sectoriales, cuando corresponda, para lo cual impartirá directrices a estos últimos, informando las acciones fiscalizadoras que asumirán, los plazos y oportunidades para su realización y las demás condiciones pertinentes.

A su turno, el artículo 71° del Plan sometido a observaciones expresa que... “La fiscalización del permanente cumplimiento de las medidas que establece el presente decreto será efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente o por los organismos sectoriales que participan en la implementación del Plan. En particular, la Superintendencia podrá encomendar anualmente a la SEREMI de Salud de la Región del Maule, la fiscalización de las medidas contempladas en los artículos 20, 21, 36, 38 y 39 del presente Decreto, por medio de un subprograma de fiscalización ambiental”.

Que, cabe agregar a modo de ejemplo y advertencia que hasta la fecha no se encuentra vigente convenio de encomendación de funciones de fiscalización ambiental entre la SMA y SEREMIS de Salud.

Distinto en el caso de las facultades conferidas en los artículos 16 a 19 del Plan de Descontaminación propuesto, que no corresponde a aquellas actividades sometidas a fiscalización contenidos en los artículos 61 del Decreto sometido a análisis, que conforme lo indicado en el párrafo anterior, son de competencia exclusiva de la SMA, salvo que se encuentre vigente encomendación de funciones en los términos indicados en el artículo 71° del proyecto observado.

En este punto, debe hacerse presente que el borrador en evaluación replica la norma contenida en el Decreto Supremo N° 49 de fecha 28 de Octubre 2015, mediante el cual se aprobó el plan de descontaminación aplicable para las comunas de Talca y Maule para ser ejecutado el año 2016, disponiendo en su artículo 16 al referirse uso y mejoramiento de la calidad de los artefactos, la prohibición en la zona saturada utilizar chimeneas de hogar abierto, destinadas a la calefacción de viviendas y de establecimientos públicos o privados. Asimismo, prohíbe quemar en los calefactores carbón mineral, maderas impregnadas, residuos o cualquier elemento distinto a la leña, briquetas o pellets de madera y la fiscalización de estas medidas y sanción en caso de incumplimiento, corresponderá a la Secretaría Regional Ministerial de Salud, conforme a sus atribuciones”.

En resumen, sin perjuicio del análisis de la legalidad o constitucionalidad de la normas contenidas en el plan propuesto, que será abordado en el siguiente apartado, se

sugiere re-estudiar el alcance de las normas contenidas en el plan de descontaminación, especialmente en lo que concierne a las normas que tratan el ejercicio de la potestad sancionadora al momento de sancionar las faltas o contravenciones a sus normas, siendo de importancia hacer mención a lo previsto por el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medioambiente (Ley 20.417) donde se prescribe que compete exclusivamente a la indicada Superintendencia el ejercicio de dicha atribución respecto de las infracciones ambientales que allí se mencionan, (letra c), texto que se encuentra en armonía con el enunciado del artículo 64° de la Ley 19.300 que dispone... “La fiscalización del permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, de las medidas e instrumentos que establezcan los Planes de Prevención y de Descontaminación, de las normas de calidad y emisión, así como de los planes de manejo establecidos en la presente ley, cuando correspondan, será efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente de conformidad a lo señalado por la ley”.

De lo anterior, se infieren dos consecuencias jurídicas, una que establece que la fiscalización de los Planes de Descontaminación Atmosféricos son de competencia de la SMA y, segundo, las infracciones a sus normas debiesen ser sancionadas con las medidas que establece la ley orgánica de la SMA conforme lo disponen sus artículos 35 y 38.

Que, de este modo las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud se encontrarían sólo facultadas para fiscalizar el cumplimiento de un programa de descontaminación atmosférico (PDA), cuando en forma previa se haya celebrado entre la Superintendencia de Medioambiente y la Subsecretaría de Salud Pública, un convenio de encomendación de funciones que contemple la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis anuales de subprogramas sectoriales de fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de los planes de prevención y/o de descontaminación, de las normas de emisión y de otros instrumentos de gestión ambiental de conformidad a los citados artículos 16, letras b), d), f) y g) de la Ley Orgánica de la SMA en armonía con los artículos 45, 46 y 64 de la Ley 19.300, lo que en la especie no se ha verificado hasta la fecha.

De esta forma y en atención al claro tenor del precepto recién transcrito, en el evento que se trate de las infracciones previstas en el aludido artículo 35, competirá a la Superintendencia del Medio Ambiente imponer las sanciones administrativas que en derecho correspondan, toda vez que se trata de una atribución que el ordenamiento jurídico le entrega en forma exclusiva,

B. RESPECTO DE LA LEGALIDAD O CONSTITUCIONALIDAD DEL PLAN DE DESCONTAMINACIÓN

Que, la Constitución Política de la República reserva determinadas materias al legislador, especialmente cuando se restringe o se limita una garantía fundamental contenida en el catálogo de derechos garantizado en el capítulo III del mismo texto constitucional, toda vez que la regulación de un derecho fundamental es materia de ley. (Reserva Legal del artículo 63° de la CPR, que obliga que tales materias sean reguladas mediante una ley).

El enunciado anterior se encuentra en armonía con la normativa internacional en especial con las disposiciones del artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ratificados por Chile y vigentes al tenor de lo establecido por el artículo 5° de la Carta Fundamental, infiriéndose que toda restricción que afecte a determinados derechos y garantías fundamentales debe hacerse mediante una ley.

Que, a su vez la propia Constitución ha establecido un mecanismo que protege la regulación de los derechos fundamentales dispuesto en el artículo 19 N° 26 que consagra el principio denominado "contenido esencial del derecho", que impide que al momento de que se intente restringir, regular o complementar una garantía fundamental se vulnere el contenido concreto del derecho, es decir su esencia o ejercicio en forma absoluta.

Que, no obstante lo anterior, la propia Carta Fundamental permite al ejecutivo (Presidente de la República), regular determinadas materias o derechos, mediante el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República, siendo posible que una norma que no posee el carácter de ley establezca los alcances de esa regulación, pero en ningún caso adoptar restricciones o limitaciones específicas, tal como se puede apreciar de la sola lectura del numeral 8° del artículo 19° del citado código político al tratar la garantía constitucional del "derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación " que sería el bien jurídico protegido y sustento del plan sometido a análisis, quedando de manifiesto que las restricciones y limitaciones que pudieren aplicarse para efectos de proteger el medioambiente sólo podrían hacerse mediante la entrada en vigencia de una ley promulgada para ello.

La facultad anterior es una manifestación de la potestad reglamentaria propia y exclusiva que el constituyente ha otorgado al ejecutivo conferida conforme lo dispone el artículo 32 número 6 de la Constitución Política de la República de Chile.

Que, en tal sentido el tentativo Plan de Descontaminación Ambiental contempla una serie de restricciones específicas y, quizás siendo la más gravosa o atentatoria a los principios enunciados, aquellas dispuestas en el artículo 61° letras a, b, c, numerales i, respectivamente, que contemplan caso de alerta, pre-emergencia y emergencia ambiental, la suspensión de actividades físicas y deportivas al aire libre y al interior de gimnasios para la totalidad de la comunidad escolar y además las actividades físicas y deportivas para menores de edad, organizadas por particulares o instituciones públicas.

Que, así las cosas el tenor del texto propuesto como plan de descontaminación ambiental y las normas citadas, restringen entre otras, por vía administrativa garantías constitucionales como el derecho a la libertad y el desarrollo de actividades físicas al aire libre, todas figuras que se subsumen en la protección que nuestro constituyente a previsto en el artículo 19 N°7 de la Carta Fundamental bajo el amparo de la libertad ambulatoria.

En resumen, nuestro ordenamiento jurídico establece una reserva legal que permite que las garantías fundamentales sean restringidas o limitadas solo mediante la dictación de una ley, siendo sólo esta la que puede imponer restricciones específicas o determinadas, reforzándose misma garantía conforme lo dispone en forma particular el artículo 19 N°8 de la Constitución Política que sólo permite que mediante una ley se establezcan restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Que, sin perjuicio de lo anterior se encuentra permitido regular o adecuar el ejercicio de los derechos fundamentales mediante la manifestación de voluntad exclusiva del ejecutivo bajo el amparo de la potestad reglamentaria conferida por mandato constitucional al Presidente de la República, pero en ningún caso esa regulación puede restringir o limitar un derecho, menos afectar su esencia, por lo que sería a lo menos recomendable analizar el alcance de las restricciones impuestas por el PDA previniendo con ello conflictos entre la norma administrativa con la Ley y la propia CPR. (Conflictos de Constitucionalidad y de Legalidad).

En definitiva con la eventual entrada en vigencia del Plan de Descontaminación Atmosférica Curicó se disponen una serie de restricciones y limitaciones que afectan la esencia de algunos de los derechos garantizados por la Constitución Política de la

Republica, siendo quizás la más importante la libertad ambulatoria al prohibir en forma absoluta desarrollar actividades físicas por particulares durante la vigencia de episodios de preemergencia y emergencia ambiental reguladas en el decreto en cuestión, vulnerándose con ello el principio de reserva legal, contenido esencial del derecho y supremacía constitucional, debiendo toda norma o actuación de la autoridad someterse y adecuarse al contenido de la Constitución Política de la República y a la protección de los derechos fundamentales regulados en su texto. (Arts. 5° inciso 2°, 6° y 7° CPR).

Sin otro particular, saluda atentamente a Ud.



RAFAEL SANTANDER CABELLO
SECRETARIO MINISTERIAL DE SALUD (S)
REGIÓN DEL MAULE


RSC/FDS/RRH/EMM/ggh.
Int. N° 191
19-07-2016

DISTRIBUCIÓN:

- **SRTA. MARIA ELIANA VEGA FERNÁNDEZ**
SEREMI DEL MEDIO AMBIENTE, REGIÓN DEL MAULE
- Unidad de Emisiones y Residuos Industriales
- Oficina Provincial Curicó
- Archivo Of. de Partes.