

EN LO PRINCIPAL: presenta descargos; **OTROSÍ:** Solicita la realización de las siguientes diligencias probatorias.

**SEÑOR FISCAL (S) DE LA SUPERINTENDENCIA
DEL MEDIO AMBIENTE**

Francisco Javier Rivadeneira Domínguez, cédula nacional de identidad N°18.172.446-3, en representación de Alto Maullín SpA, ("Empresa" o "mi representada"), rol único tributario N°77.016.442-7, ambos domiciliados para estos efectos en Apoquindo N°3.500, piso 16, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, en relación con el procedimiento sancionatorio expediente Rol D-092-2021, a Ud. respetuosamente digo:

El 3 de enero de 2023, se notificó la Resolución Exenta N°8, de fecha 27 de diciembre de 2022 ("RE 8/2022") de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") que "Tiene presente escrito; rechaza programa de cumplimiento presentado por Alto Maullín SpA y levanta suspensión de plazo para presentar descargos".

De este modo, haciendo uso del plazo que me confiere la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), y conforme lo resuelto en la RE 8/2022, vengo en presentar descargos solicitando desde ya que se absuelva a mi representada de los cargos formulados en la Resolución Exenta N°1/Rol D-092-2021 de 9 de abril de 2021 ("Formulación de Cargos" o "Resolución N°1") o, en su defecto, se le imponga la menor sanción aplicable, esto es, amonestación por escrito, en consideración a los antecedentes y argumentos que a continuación se exponen.

I. ANTECEDENTES

A. Proyecto

La Empresa es titular de un proyecto de subdivisión y venta de predios rústicos, esto es, inmuebles de aptitud agrícola, ganadera o forestal ubicados fuera de los límites urbanos o fuera de los límites de los planes reguladores intercomunales de Santiago y Valparaíso y del plan regulador metropolitano de Concepción¹, en el sector Línea Nueva s/n km. 58, ruta v-508, comuna de Llanquihue ("El Proyecto").

El Proyecto comprendía, en un inicio, la subdivisión conforme al Decreto Ley N°3.516, de 1980, que "Establece normas sobre división de predios rústicos" ("DL 3.516"), y la venta de 87 lotes, de 5.000 m² cada uno, en una superficie total de 503.200 m², divididos en dos

¹ Artículo 1° del DL 3.516.

sectores: i) un sector de lotes emplazados en praderas utilizadas para la ganadería, que denominaremos “sector alto”, y ii) otro sector de lotes emplazados junto al río Maullín, cubiertos con vegetación y bosque nativo, que denominaremos “sector bajo”.

A continuación, se muestra el plano de subdivisión aprobado mediante certificado de subdivisión N°1803 de 27 de marzo de 2020, fecha en la cual debe considerarse que se inició la ejecución del Proyecto, con el detalle de cada una de las partes del Proyecto y sus lotes, correspondiendo el sector bajo a los lotes de color verde y el sector alto a los lotes de color amarillo.



Sin embargo, uno de los problemas a los que se enfrentó la Empresa durante el desarrollo del Proyecto fue que en el “sector bajo” existe actualmente una “toma” por parte de una persona llamada Luis Navarro (apodado “el Cuca”), la que no podía ser desalojada por no existir acceso terrestre al lugar, como bien consta en la siguiente fotografía:



Producto de esto, se comenzó a habilitar hacia el lugar de la “toma” un camino vehicular con el fin de poder desalojarla, lo que generó deslizamientos de tierra que afectaron la ladera, situación que dio lugar a una serie de denuncias a la SMA efectuadas por ONGs y otras personas naturales y jurídicas.

Cabe señalar que la intención de la Empresa nunca fue vender la totalidad de los 87 lotes, por cuanto los emplazados en el “sector bajo” se incluyeron únicamente con fines financieros, contemplándose modificar el plano de subdivisión para dejarlos fuera una vez que se obtuviera el financiamiento de los bancos, con lo cual **el Proyecto siempre contempló la venta de 65 lotes, localizados todos en el “sector alto”**, situación que fue puesta en conocimiento de la SMA previo a la Formulación de Cargos, y consignado por esta en la misma.

A su vez, es importante resaltar que la situación de la “toma” se mantiene, lo que tiene una serie de consecuencias ambientales, ya que tanto la basura como las aguas servidas que se generan van a parar directamente al río Maullín. Además, en dicho emplazamiento irregular se ha llevado a cabo la corta no autorizada de bosque nativo, la que se continúa realizando

por el infractor para proveerse de combustible para calefacción (leña).

B. Fiscalización y paralización del Proyecto

Producto de las consecuencias generadas por la construcción del camino al “sector bajo”, y las denuncias de este hecho, la SMA fiscalizó el Proyecto el 25 de diciembre de 2020 y el 5 de febrero de 2021, inspecciones que dieron lugar al informe de fiscalización ambiental DFZ-2020-3943-X-SRCA.

A partir de lo anterior, el 12 de febrero de 2021 la SMA solicitó autorización al Tercer Tribunal Ambiental para decretar una medida provisional pre procedimental de “detención total del funcionamiento de las instalaciones” por 15 días hábiles (“Solicitud de Paralización”).

El hecho constitutivo de infracción que sustentó la medida fue estimar que parte del Proyecto se emplaza dentro del Sitio Prioritario para la Conservación N°35 denominado “Río Maullín” (“Sitio Prioritario RM” o “SPC Río Maullín”), motivo por el cual debió evaluarse ambientalmente en el SEIA previo a su ejecución, conforme lo establecido en el artículo 10 letra p) de la Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (“Ley 19.300”)² y el Ordinario 130844 de 22 de mayo de 2013, de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (“DE SEA”), por ser el Sitio Prioritario RM un área bajo protección oficial.

La Solicitud de Paralización fue aprobada por el Tercer Tribunal Ambiental mediante Resolución de 16 de febrero de 2021, siendo notificada el 17 de febrero del mismo año a la Empresa.

C. Procedimiento sancionatorio, presentación y rechazo del PdC

Posteriormente, el 14 de abril de 2021, mi representada fue notificada de la Resolución N°1 que le formula los siguientes cargos:

- i) ejecución del proyecto de loteo Alto Maullín en un área colocada bajo protección oficial con afectación de suelo por procesos erosivos y fuerte pendiente, así como por corta de vegetación no autorizada, al margen del SEIA (“Cargo N°1”), y
- ii) incumplimiento de la medida provisional pre procedimental de detención de funcionamiento del loteo Alto Maullín (“Cargo N°2”).

La SMA clasificó el Cargo N°1 como infracción gravísima, conforme lo dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA, mientras que el Cargo N°2 lo clasificó

² Como es de conocimiento de esta SMA, el artículo 10 letra p) de la Ley 19.300 establece que son proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental “p) *Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, humedales urbanos o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, e los casos en que la legislación respetiva lo permita.*

como infracción grave, según lo establecido en el literal f) del numeral 2 del mismo artículo. A su vez, en la Formulación de Cargos se le otorgó a la Empresa un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento (“PdC”) o 15 días hábiles para presentar descargos.

Es importante destacar que la Resolución N°1 consideró inicialmente que la infracción de elusión se habría configurado porque no solo el “sector bajo” del Proyecto se emplaza dentro del Sitio Prioritario RM, sino también parte del “sector alto”.

Ante ello, mi representada presentó un PdC que contemplaba como acción principal el desistimiento parcial de la ejecución del Proyecto, en particular de la ejecución de los lotes “sector bajo”, que en realidad no tenía contemplado ejecutar, así como la ejecución de acciones para hacerse cargo de los deslizamientos de tierra generados por la construcción del camino y los efectos sobre el suelo que ocasionó la corta de bosque nativo no autorizada, tanto en el “sector alto” como en el “sector bajo”.

Mi representada actuó de esa forma, bajo el supuesto -compartido posteriormente por esta SMA- de que solo el “sector bajo” se localizaba dentro del Sitio Prioritario RM, ya que en la parte superior no se verificó ninguno de los objetos de protección de la referida área.

Por lo demás, cabe señalar que el desistimiento parcial del Proyecto respecto al “sector bajo” era un aspecto ya conocido por esta SMA, conforme lo desarrollado en el punto (i) del numeral 3.7. de la Solicitud de Paralización.

Si bien una versión refundida del PdC fue aprobada por la SMA mediante la Resolución Exenta N°5, de 9 de agosto de 2021 (“Resolución N°5”), el 30 de agosto de 2021 algunos de los denunciantes, en particular la Fundación Legado de Chile, Fundación Conservación Marina, Asociación de Tour Operadores Los Lagos, el Comité de Acción Comunal Puerto Varas y Birds Chile, presentaron un recurso de reclamación judicial ante el Tercer Tribunal Ambiental solicitando la nulidad de la Resolución N°5 por ser, a juicio de ellos, contraria a Derecho.

El referido recurso fue tramitado bajo el rol R-15-2021 y, posteriormente, acogido por el Tercer Tribunal Ambiental mediante sentencia de 14 de abril de 2022 (“Sentencia 3TA”), rechazándose posteriormente los recursos de apelación y queja que en su contra presentó la SMA, así como el recurso de apelación interpuesto por la Empresa.

Los motivos de rechazo son, en síntesis, que el PdC aprobado no cumplía con el criterio de integridad, al no considerar sectores que habían sido afectados por las obras del Proyecto, y tampoco con el criterio de eficacia, porque la acción de desistimiento parcial de aquella parte del Proyecto emplazada en el “sector bajo” no garantiza que en el futuro no se vaya a ejecutar.

Por lo anterior, la SMA dictó la Resolución N°6, que incorpora al expediente las consideraciones y lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental en su sentencia, fijando las

siguientes condiciones a mi representada para aprobar el PdC:

- i) Incorporar como acción principal el ingreso al SEIA del “*proyecto en su totalidad*”, esto es, tal como fue identificado en la Formulación de Cargos, considerando 87 lotes, según da cuenta el antecedente de la subdivisión predial certificado ante el Servicio Agrícola y Ganadero (“SAG”). De este modo, la meta concreta para el Cargo N°1 debe ser la obtención de una Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) favorable para la totalidad del proyecto. Lo anterior, implica que de no comprometerse como acción y meta el ingreso al SEIA de todo el proyecto y obtención de RCA favorable, o que de ingresar la Empresa no obtenga una RCA favorable, el PdC se rechace o declare incumplido.
- ii) En el intertanto, hasta la obtención de la RCA favorable debe paralizarse la ejecución del Proyecto, salvo aquellas acciones que se hagan cargo de los efectos constatados en el procedimiento. De esta forma, se distinguirán las acciones que se hacen cargo de estos, conforme se señala más abajo, de aquellas medidas de mitigación futuras que se establezcan en el marco del SEIA.
- iii) Hacerse cargo de los efectos que materialmente se han producido, y de los riesgos que dichos efectos generan. Específicamente, de la tala rasa efectuada en todos los sectores debiendo ajustarse a los términos que indique previamente CONAF, tanto en superficie como en las especificaciones técnicas aplicables a la plantación. Lo anterior, sin perjuicio que el SEIA -al que ingresará por medio de la acción principal del PdC- actúa como ventanilla única de permisos sectoriales y pronunciamientos de los organismos competentes en materia ambiental.
- iv) Extender los reforzamientos de taludes que comprometió como acciones anteriores a todos los sectores, conforme indica el Tribunal.
- v) Obtener, previo a la ejecución de cualquier obra o acción futura, el pronunciamiento del Consejo de Monumentos Nacionales (“CMN”), atendida la declaratoria de Santuario de la Naturaleza Río Maullín. Se hizo presente lo anterior, sin perjuicio que el SEIA -al que ingresará por medio de la acción principal del PdC- actúa como ventanilla única de permisos sectoriales y pronunciamientos de los organismos competentes en materia ambiental.
- vi) Adecuar la propuesta en todo lo pertinente, manteniendo aquellas acciones que no han sido cuestionadas por el Tribunal y que resulten aplicables a la acción principal de ingreso al SEIA.

Pues bien, lo cierto es que estas condiciones eran imposibles de cumplir para la Empresa y, además, implicaba someter a evaluación ambiental un proyecto que generaba afectaciones ambientales innecesarias, todo lo cual fue explicado en presentación de 17 de noviembre pasado.

En consecuencia, no quedándole más alternativa, **mi representada viene en presentar, dentro de plazo, los descargos que a continuación se desarrollan**, y en virtud de los cuales se debe ser absuelta de toda sanción o, en su defecto, aplicársele la mínima sanción que la LOSMA contempla.

II. DESCARGOS

A. El Proyecto no contempla el desarrollo de 87 lotes rústicos sino entre 55 y 60 lotes rústicos que se encuentran íntegramente emplazadas en el “sector alto”

La Formulación de Cargos determina que se configuró la infracción de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, la ejecución del proyecto y el desarrollo de la actividad para los que la ley exige RCA, sin contar con ella.

Sin embargo, no queda claro si para efectos de la elusión la SMA considera que el Proyecto contempla 87 lotes rústicos, conforme lo indicado en el plano de subdivisión aprobado por el SAG, o entre 55 a 66 lotes rústicos, conforme se informó a la SMA en la fiscalización ambiental.

Al respecto, como bien consta en el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental, DFZ-2020-3943-X-SRCA, en la inspección realizada el 24 de diciembre de 2020 el titular del Proyecto informó que, si bien la subdivisión predial contemplaba 87 lotes rústicos, esta se iba a modificar hasta quedar en un rango de entre “55 a 66 lotes rústicos”. También explicó que el número inicial se presentó solo para efectos de obtener financiamiento bancario y que la intención nunca ha sido desarrollarlas.

De hecho, en la misma visita el titular del Proyecto señaló que el “sector bajo” no sería objeto de la venta de lotes rústicos, contemplándose otros fines, y que actualmente en esta existen ocupantes ilegales.

Lo anterior es relevante porque implica que solo en el “sector alto” se contemplaba la venta de lotes resultantes de la subdivisión, mientras que en el “sector bajo” no se consideraron obras tendientes a su desarrollo. En consecuencia, una eventual infracción de elusión al SEIA solo pudo configurarse respecto de las obras a efectuarse en esta última parte –“sector bajo”-, en particular el camino de acceso que generó los deslizamientos de tierra, no de los lotes desarrollados en la primera.

Además, esta falta de certeza -sobre la cantidad de lotes o parcelas materia del cargo- constituye una infracción al inciso segundo del artículo 49 de la LOSMA por adolecer la Formulación de Cargos de una descripción clara y precisa de los hechos constitutivos de infracción al no determinarse el presupuesto fáctico que sustentaría la elusión.

Lo anterior, deja a mi representada en una situación desmejorada porque implica que deba hacerse cargo de los efectos del Proyecto en todos los sectores, en circunstancias que el “sector alto” está casi íntegramente compuesto de praderas, por lo que el desarrollo de lotes rústicos no genera afectación alguna.

Afecta también la determinación del peligro que pueda ocasionar el Proyecto, porque la SMA va a suponer que este contemplaba afectaciones en la parte baja que nunca se iban a verificar.

Por último, la relevancia de esta definición está dada por el hecho de que si el titular se desiste de realizar obras o actividades en el “sector bajo”, desaparece la causal de ingreso al SEIA, ya que solo esa parte estaría dentro de algún área bajo protección oficial, aspectos latamente desarrollados en el marco del PdC presentado y que será controvertida en base a los argumentos que a continuación se exponen.

B. El Cargo N°1 no se verifica porque no se configura una situación de elusión al SEIA, toda vez que el Proyecto no se emplaza dentro de un área bajo protección oficial existente, oponible para efectos del SEIA o que se encuentre vigente y, si lo estuviera, no está dentro de sus límites

El hecho constitutivo de infracción que configura el Cargo N°1 es la ejecución de un proyecto o actividad dentro de un área bajo protección oficial, en este caso el Sitio Prioritario RM, sin haberse sometido previamente al SEIA.

Sin embargo, el referido hecho no se verifica porque:

- i) el Sitio Prioritario RM **no es un área bajo protección oficial**, ya que al no dictarse la resolución u otro acto administrativo que resuelva su creación, jurídicamente nunca ha nacido a la vida del Derecho;
- ii) el Sitio Prioritario RM tampoco existe jurídicamente, porque nunca se publicaron en el Diario Oficial los actos que lo crean, requisito esencial conforme al principio de publicidad consagrado en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política de la República, desarrollado en la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, y en la Ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los órganos de la Administración del Estado;
- iii) aún de estimarse que el Sitio Prioritario RM existiese, la causal de ingreso no le era oponible a la Empresa, al no publicarse la Guía de la DE SEA que reconoce que los Sitios Prioritarios para la Conservación, y dentro de estos el Sitio Prioritario RM, como áreas bajo protección oficial para efectos del SEIA, vulnerando el principio de publicidad consagrado en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política de la República, desarrollado en la Ley 18.575 y en la Ley 19.880;
- iv) aún si se considerase que el Sitio Prioritario existiese, y que era oponible al titular, la Formulación de Cargos perdió objeto porque ya no se encuentra vigente el Sitio Prioritario RM, al crearse otra área protegida que lo reemplaza, localizándose el Proyecto fuera de esta última, y

- v) aún si el Sitio Prioritario RM existiese y estuviera vigente, sus límites serían los mismos que el de la nueva área protegida. Y al no estar definidos oficialmente los de la primera, teniendo idénticos objetos de protección con la segunda, el Proyecto igualmente se encuentra fuera de ellos.

A continuación explicaremos el origen de los Sitios Prioritarios para la Conservación, su importancia para efectos del SEIA, y la relevancia de un dictamen de la Contraloría General de la República (“CGR”) sobre la materia, para luego desarrollar los alcances de la creación de la nueva área protegida que abarca el Río Maullín y las identidades entre esta y el Sitio Prioritario RM.

Luego, desarrollaremos cada uno de los argumentos sucintamente expuestos, y que sustentan el hecho de que no se ha configurado una elusión al SEIA.

1. Creación de los Sitios Prioritarios para la Conservación -en general- y del Sitio Prioritario RM -en particular-, así como su importancia para el SEIA y la creación de otras áreas bajo protección oficial

a) Historia del Convenio sobre Diversidad Biológica e identificación de Sitios Prioritarios para la Conservación (“SPC”)

La República de Chile es Estado Parte del Convenio sobre Diversidad Biológica (“CDB”) desde el año 1995³, con la publicación, el 06 de mayo de 1995, del Decreto 1963 de 28 de diciembre de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que lo promulga como ley de la República el CDB.

Con la ratificación de este convenio, Chile adquirió el compromiso de elaborar una Estrategia Nacional de Biodiversidad⁴.

El CDB contiene en su artículo 2° la definición de “área protegida” estableciendo que se entiende por tal el “*área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación*” (énfasis agregado).

Asimismo, en su artículo 8°, el Convenio establece que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible, y según proceda, “*a) Establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la biodiversidad biológica*”.

En el marco del referido Convenio, se encomendó a los Gobiernos Regionales identificar aquellos sitios que estimaban importante priorizar para efectos de ser protegidos, lo que fue

³ Si bien el Instructivo N° 103008, del 28 de septiembre de 2010, que imparte instrucciones sobre sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad, en su página 1 dice que Chile es Parte desde el año 1994.

⁴ El artículo 6° del Convenio establece -en lo que interesa- que “*Cada Parte Contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares: a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente Convenio que sean pertinentes para la Parte Contratante interesada; y*”.

realizado a través de estrategias regionales.

Así, en septiembre de 2002, se elaboró la “Estrategia Regional para la Conservación y Utilización Sostenible de la Biodiversidad, Décima Región de los Lagos” (“Estrategia Los Lagos”), coordinada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos. En cumplimiento de ese encargo se identificaron 66 sitios de interés para la conservación “In Situ”, correspondiendo el Sitio Prioritario RM al número 58.

Al momento de categorizar estos 66 sitios prioritarios, se incorporó el Sitio Prioritario RM dentro del Nivel II, es decir, como aquellos lugares que son sitios de interés para diversos organismos privados y públicos, señalándose que este sector se compone de dos áreas contiguas **que abarcan una superficie de 55.000 ha.:** Maullín y Monteverde.

El área de Maullín está conformada por el humedal del Río Maullín que protege una amplia diversidad de fauna y avifauna asociada a estos ecosistemas, proviniendo su valor de las siguientes características:

- i) sus ambientes son mayoritariamente húmedales que cubren desde ambientes “lóticos oligotróficos”, es decir, ambientes de río con bajo nivel de nutrientes, a gradientes de mesotrofia y eutrofia en la desembocadura;
- ii) el curso del río presenta vegetación ribereña de asociaciones endémicas denominadas hualves, y
- iii) el área presenta grandes marismas estuarinas con poblaciones importantes de recursos marinos de interés comercial, población de algas, peces, moluscos y artrópodos, aves como los flamencos que invernán en este sector, y mamíferos como el huillín y chungungo.

Por su parte, el fundamento para incorporar Monteverde, es que constituye un área de interés arqueológico excepcional y único, debido a evidencias culturales y de megafauna con valor internacional.

Las Estrategias Regionales de Biodiversidad fueron un antecedente fundamental para la elaboración de la “Estrategia para la Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad” (“Estrategia Nacional”), aprobada mediante el Acuerdo N° 242/2003, del 11 de diciembre de 2003 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (“CONAMA”), antecesora legal del Ministerio del Medio Ambiente en la materia, con arreglo al artículo tercero transitorio de la Ley N°20.417.

Desde ya, adelantamos que **ni la Estrategia Los Lagos ni la Estrategia Nacional están contenidas en algún acto administrativo, ni fueron publicadas en el Diario Oficial ni notificadas a través de algún otro medio a la ciudadanía**, a pesar de que a la fecha de la

dictación de la primera ya se había establecido por la jurisprudencia⁵ y la Contraloría General de la República que estos actos deben ser publicados en el Diario Oficial⁶.

Además, al elaborarse la Estrategia Nacional, se encontraba vigente la Ley N°19.880 de Bases Generales de los Procedimientos Administrativos de los Órganos de la Administración del Estado (“Ley 19.880”), ley que expresamente prevé la forma de comunicación de los actos de efectos generales y particulares.

También adelantamos que **la Estrategia Nacional no contiene los SPC en particular, ya que solo se refiere a ellos a partir del proceso realizado en la elaboración de las estrategias regionales.**

La razón de tal omisión es el carácter meramente programático de la Estrategia Nacional. En efecto, la máxima autoridad ambiental de la época, en el marco de la legalidad imperante en ese entonces, buscaba mediante esta política pública dar una priorización -de ahí el nombre de Sitios Prioritarios- a áreas consideradas con alto valor en biodiversidad para posteriormente convertirlas en áreas protegidas por medio de las figuras de protección existentes, tales como, parques nacionales, reservas forestales, santuarios de la naturaleza, entre otros, pero llevando a cabo los procedimientos administrativos de declaratoria correspondientes.

En suma, **la aprobación de esta Estrategia Nacional no implicó la creación de áreas protegidas *per se***. Así, por lo demás, queda demostrado con el hecho de que es la reforma

⁵ SCA Santiago rol 94-1896 caratulada “Constructora río Toltén con alcalde de la municipalidad de Las Condes” Ordenanza municipal no publicada. Reglas especiales. Se hace ver la ilegalidad del recurrido al no publicar una ordenanza municipal, como es su obligación legal, y agrega (en c. 7 y 8) que es inaceptable en tales condiciones pretender plantear una notificación tácita. Tratándose de actos administrativos generales el conocimiento de ellos por parte de los afectados solo puede ocurrir desde su publicación en el Diario Oficial (c. 8). Disponible en Revista de Derecho Jurisprudencia tomo 83, 1986, pp. 144-147. SCA Santiago, **Rol no encontrado, caratulada “Sociedad Entretenimientos Electrónicos Ltda.”** | Ordenanza municipal no publicada. Reglas especiales. Se desestimó por presentación de reclamo de ilegalidad municipal. Disponible en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 80, 1983, pp. 87-90. **SCS Rol N° 3.918-2012 (Punta Piqueros), del 2 de mayo de 2013** | “Resultaba exigible a la autoridad edilicia la notificación de este permiso de edificación a través del mecanismo que el ordenamiento jurídico reserva para los actos administrativos más relevantes y trascendentes para la comunidad” (c.13).

⁶ Circular N° 61.403 CGR, de 1961 | “1° Deberán necesariamente ser publicados en el Diario Oficial aquellos respecto de los cuales la ley expresamente ordena su publicación. 2° **También deberán ser publicados aquellos decretos y resoluciones que afectan indeterminadamente a los particulares, de acuerdo con lo ordenado por el D.S. N° 2.710 de 15 de mayo de 1942, del Ministerio del Interior.** 3° Asimismo, la publicación es trámite obligatorio para los decretos reglamentarios o reglamentos, en atención a que constituyen normas de general aplicación, cuyo conocimiento es imprescindible por quienes deben obedecerlas. 4° Fuera de los casos anteriores la publicación es también trámite del decreto cuando el Presidente de la República, en uso de su potestad ejecutiva, así lo ordene expresamente en el decreto respectivo, atendida la trascendencia que él asigne al acto de que se trate”. En el mismo sentido dictámenes 26.349, del 24 de abril de 1964; 60.418 del 27 de agosto de 1971; 4.403, del 18 de enero de 1972, 872, del 13 de enero de 1993; 3.128, del 27 de enero de 1999; 6.931, del 25 de febrero de 1999; 7.298, del 1 de marzo de 1999; 1.990, del 18 de enero de 2000; 6.001, del 16 de febrero de 2011; 52.261, del 19 de diciembre de 2002; 9.017, del 23 de febrero de 2004; y 32.913, del 24 de abril de 2015.

introducida por la Ley 20.417 la que incorporó la expresión “sitios prioritarios” a la letra d) del artículo 11 de la Ley 19.300. De este modo, el legislador reconoce que no eran áreas protegidas y, en consecuencia, decidió incorporarlas expresamente en la disposición citada.

b) Requisitos para que un área se encuentra bajo protección oficial

La DE SEA estableció el 2013 que -si bien el concepto de área bajo protección oficial no está definido-, tiene los siguientes elementos:

- i) Esté conformada por un área, porque debe tratarse de un espacio geográfico delimitado.
- ii) Haya sido declarada oficialmente, porque debe existir **un acto formal de la autoridad competente** en virtud del cual se somete una determinada área a un régimen de protección.
- iii) Tenga un objeto de protección de naturaleza ambiental.⁷

Estos requisitos fueron confirmados recientemente por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental en sentencia de 22 de diciembre de 2022, dictada en la causa rol R-21-2022, que determinó que la resolución del Servicio de Evaluación Ambiental respecto a una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA de un aerogenerador era conforme a derecho porque al momento de presentarse la solicitud y dictarse la resolución que la resolvió no se había dictado el acto que crea el área bajo protección oficial que los recurrentes alegan que no fue considerada - Zona de Interés Turístico-, por tanto, no se encontraba vigente.

Así, en el considerando Trigésimo Sexto de la referida sentencia el Tribunal Ambiental resuelve que “*la citada letra p) establece que procede el ingreso al SEIA de los proyectos o actividades que consideren “p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, humedales urbanos o en cualesquiera otras **áreas colocadas bajo protección oficial**, e los casos en que la legislación respetiva lo permita” (énfasis agregado), de lo cual se desprende que se requiere que áreas en cuestión se encuentren previamente establecidas bajo alguna categoría de protección oficial. En el mismo sentido, se encuentra el oficio ord. N° 130844, de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que instruye sobre la materia, estableciendo en su punto 2.b), que se requiere de un acto formal, emanado de la autoridad competente, en virtud del cual se somete al área un determinado régimen de protección.” (énfasis agregado).*

c) Importancia de los SPC en el SEIA

Los SPC no tuvieron importancia alguna para efectos del SEIA hasta el año 2010, que se

⁷ Ordinario N°130844 de 22 de mayo de 2013 del DE SEA.

publicó la Ley 20.417 que modifica el artículo 11 letra d) la Ley 19.300 estableciendo como causal de evaluación a través de un Estudio de Impacto Ambiental que un proyecto o actividad se emplace en o próximo a estos sitios.

La incorporación expresa de los SPC como causal de evaluación a través de un EIA obedeció a que no eran consideradas áreas protegidas, porque de lo contrario se habrían subsumidas en las existentes.

Luego, mediante el Ordinario N°100143, de 15 de noviembre de 2010 (“Ordinario N°100143”), la DE SEA fijó el Anexo con un listado de los SPC que son considerados relevantes para efectos del ingreso al SEIA.

Dentro del referido listado se encuentra el Sitio Prioritario RM, caracterizado como un humedal continental que tendría una superficie de 75.073 ha, es decir, 20.000 ha adicionales a las señaladas en la Estrategia Los Lagos, sin indicarse la fuente normativa de su creación ni el acto que amplía su superficie respecto a la indicada originalmente.

Sin embargo, los SPC adquirieron una nueva importancia el 2016 al emitir la Contraloría General de la República el dictamen N°48.146, que establece que los humedales declarados SPC son áreas bajo protección oficial para efectos de la causal de ingreso del artículo 10 letra p) de la Ley 19.300.

Para lo anterior, el Ente Contralor tuvo a la vista: i) lo dispuesto en la Ley N°20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (“Ley 20.283”); ii) su reglamento, fijado por el Decreto Supremo N°82 de 2010 del Ministerio de Agricultura que “Aprueba Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales” (“DS 82”), y iii) la historia de la Ley 20.417.

Este cambio se debió a que el referido dictamen considera que -si bien inicialmente los SPC fueron reconocidos en la Estrategia Nacional-, *“tal categorización sólo obedecía a una identificación programática que serviría de base para que, en el futuro, la autoridad adoptare medidas tendientes a proteger la biodiversidad de dichas zonas”* (énfasis agregado).

Sin embargo, eso cambió con la Ley 20.283, porque su artículo 17 dispone que un reglamento fijará la normativa para la protección de los humedales declarados SPC, señalando la historia de este cuerpo legal que los humedales sujetos a protección serán, además de los declarados sitios RAMSAR, los determinados como SPC, para lo cual debe considerarse la Estrategia Nacional.

El mismo dictamen agrega que el DS 82 prohíbe en su artículo 10 la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de la vegetación hidrófila nativa de humedales declarados SPC, y establece que en caso de cortarse bosque nativo aledaños a estos humedales, deberá dejarse una faja de 10 metros de ancho.

Finalmente, el dictamen cita la Historia de la Ley 20.417 señalando que en el Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente del Senado consta que la Ministra Presidenta

de la Comisión Nacional del Medio Ambiente expresó que “*el artículo 17 de la ley N°20.283, sobre Bosque Nativo y Fomento Forestal reconoció como áreas sujetas a protección a los humedales. Agregó que, de acuerdo con el artículo 10 letra p) de la ley N°19.300, la ejecución de obras, programas o actividades que se realicen en las áreas con protección oficial deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*” (énfasis agregado).

Sobre la base de este dictamen, la DE SEA dictó el Ordinario N°161081, de 17 de agosto de 2016 (“Ordinario N°161081”), que uniforma criterios para efectos del SEIA incorporando dentro de las áreas bajo protección oficial a los humedales declarados como SPC, conforme lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N°20.283 y los artículos 10 y 12 del DS 82.

Por tanto, los humedales que hayan sido declarados SPC pueden considerarse como área bajo protección oficial, lo que es coherente con el criterio que estableció la misma DE SEA respecto a que las áreas bajo protección oficial deben constar en un acto formal de declaratoria.

Sin embargo, cabe señalar que a la fecha **ni la entonces CONAMA ni el actual MMA han declarado formalmente humedales como SPC, como bien se explicará más adelante.**

d) Modificaciones de la Estrategia Nacional

El año 2018 se dictó el Decreto Supremo N°14 del Ministerio del Medio Ambiente que “Aprueba Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030” (“ENB 2017-2030”).

En esta se fija como Lineamiento Estratégico la “*Actualización e identificación de sitios prioritarios a partir de áreas de alto valor ecológico y sus servicios ecosistémicos, para la focalización e implementación de acciones de protección efectiva, restauración y manejo sustentable*”⁸ indicándose que mientras que no se realice esta actualización se mantendrán vigentes los SPC identificados en la Estrategia Nacional del 2003.

A su vez, se establece como objetivo estratégico N°13 “*Crear áreas protegidas de humedales y establecer áreas de alto valor ambiental, incluyendo los sitios prioritarios*”. Dentro de este objetivo se plantea como subobjetivo 13.1 que al 2020, se habrán identificado y consensuado, con la información disponible, las áreas prioritarias de humedales a proteger por el Sistema Nacional de Áreas Protegidas en el mediano y largo plazo, a escala regional y nacional. A su vez, en el subobjetivo 13.3 se indica que al 2030 se habrán utilizado los mecanismos jurídicos existentes para “*dar protección oficial a los humedales priorizados a nivel nacional*”⁹.

⁸ Página 59 de la ENB 2017-2030.

⁹ Página 89 de la ENB 2017-2030.

Es decir, la ENB 2017-2030 declara que deben actualizarse al 2020 los SPC, y que deben dársele protección oficial al 2030, no siendo el mero reconocimiento un mecanismo suficiente.

A su vez, reconoce que las declaratorias de áreas bajo protección oficial de los SPC se realizarán mediante los instrumentos de protección existentes especialmente diseñados para ello.

Es por esto que, en cumplimiento de dicho compromiso, se declaró Santuario de la Naturaleza el Río Maullín.

e) Instrumentos de protección del Río Maullín existentes

En la actualidad, a juicio de la autoridad existen dos instrumentos de carácter ambiental que protegen el Río Maullín.

El primero de ellos es el SPC Río Maullín, **que no cuenta con declaratoria ni cartografía oficial**, el documento que lo detalla **no fue notificado de forma alguna**, aquel que le otorgaría validez para efectos del SEIA tampoco, y se desconoce qué superficie abarca porque en la Estrategia Nacional se planteó que cubría una superficie de 55.000 ha, mientras que el Ordinario N°100143 señala que tiene 75.000. Además, si bien la Estrategia Los Lagos señala que contempla las áreas de Maullín y Monteverde, la Estrategia Nacional se refiere solo al humedal que, en cumplimiento del mandato de la ENB 2017-2030, fue recientemente dotado de protección oficial mediante la declaratoria de Santuario de la Naturaleza, según DS N°2 de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente

Cabe señalar que en el sitio web del Ministerio del Medio Ambiente sólo se contempla el SPC Río Maullín para efectos de lo establecido en el artículo 11 letra d) de la Ley 19.300, y se reconoce que su superficie abarca más de 200 hectáreas de ciudades, pueblos y zonas industriales, 149 ha de red vial, 2.000 ha de plantaciones y 32.000 hectáreas de pradera y matorral, lo que claramente no se condice con su objeto de protección, los humedales, ni con la superficie de 55.000 ha originales

El segundo instrumento de protección es el Decreto Supremo N°2, de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente (“DS 2 MMA”) que declara Santuario de la Naturaleza los Humedales del Río Maullín (“Santuario Río Maullín”), abarcando una superficie de 8.096,8 ha, y que **fue creada con posterioridad al inicio de ejecución del Proyecto.**

En la declaratoria del Santuario Río Maullín se establecen los siguientes objetos de protección: i) ecosistemas de bosque pantanoso o hualves; ii) humedales de planicies intermareales; iii) humedales de pajonales de totora; iv) vegetación arbórea ribereña; v) comunidad de peces nativos; vi) comunidad de aves playeras migratorias; vii) flamenco chileno; viii) nutria de río o huillín, y ix) sitios sagrados para la recolección de lawen.

De este modo, los objetos de protección establecidos en el DS 2 MMA son coincidentes con la descripción de la zona que abarca el Sitio Prioritario RM contenida en la Estrategia

Los Lagos. Sin embargo, mientras el Sitio Prioritario RM abarca una superficie de 55.000 ha conforme a esa estrategia, y de 75.000 ha, según el Ministerio de Medio Ambiente y el SEA; el DS 2 MMA que declara el Santuario Río Maullín solo considera 8.096 ha, lo que resulta sumamente paradójico si ambos contemplan los mismos objetos de protección.

Es decir, **para proteger lo mismo bastaba con establecer un área de 8.096 ha, no de 75.000** cuyos límites no están claros ni definidos y son el resultado de un aumento de 20.000 ha respecto de la Estrategia Los Lagos que no tiene justificación alguna.

Como ya dijimos, la ENB 2017-2030 reconoce que deben actualizarse al 2020 los SPC, y que deben dársele protección oficial al 2030, no siendo la mera declaratoria como sitio prioritario un mecanismo suficiente.

Es por esto que, en cumplimiento de dicho compromiso, se declaró Santuario de la Naturaleza el Río Maullín, lo que deja sin efecto -si es que se estima que alguna vez nació a la vida del Derecho-, la supuesta existencia del Sitio Prioritario RM, toda vez que lo reemplaza y además porque el referido SPC está contenido en un instrumento meramente programático que adolece de formalidad, y cuyo fin deja de tener sentido desde el establecimiento del SPC, todo lo cual será detallado más adelante.

2. La Estrategia Los Lagos nunca fue aprobada mediante una resolución exenta u otro acto administrativo

Todo procedimiento administrativo debe concluir con un acto terminal adoptando la forma de resolución o decreto, conforme lo establecido en el artículo 3° de la Ley 19.880, por cuanto dicho acto es la decisión formal del órgano de la Administración del Estado que contiene la declaración de voluntad como resultado del ejercicio de una potestad pública.

En efecto, el referido cuerpo legal dispone que los procedimientos administrativos deben terminar mediante una resolución, que contendrá una decisión que ha de ser fundada y que luego deberá ser notificada o publicada para que produzca efectos jurídicos.

Pues bien, como se advierte, el Sitio Prioritario RM no está contenido en un acto administrativo, sino que solo está consignado en la Estrategia Los Lagos que no tiene validez jurídica alguna, al no estar aprobada por una resolución u otro acto administrativo.

Es decir, la creación del Sitio Prioritario RM no es el resultado de un procedimiento administrativo debidamente tramitado y concluido, no se establece en un acto administrativo formal, ni tampoco ha sido notificado y publicado en la forma que en Derecho se exige.

Esto es sumamente relevante porque para que un área sea considerada como área bajo protección oficial, la DE SEA determinó en su instructivo que debe ser fruto de un acto formal emanado de la autoridad competente, sin que eso haya ocurrido en el presente caso.

Además, lo anterior es coherente con lo señalado por la CGR en el dictamen de 2016, que establece que aquellos humedales declarados SPC pueden ser considerados como área bajo

protección oficial, **no existiendo actualmente un acto de declaratoria relacionado con el Sitio Prioritario RM.**

Por tanto, un primer motivo para determinar que el Sitio Prioritario RM no tiene validez jurídica es que está contenido en la Estrategia Los Lagos, **que no es un acto administrativo**, al no tener la forma que se indica en la ley, por lo que no constituye un acto formal de autoridad, motivo por el cual nunca nació a la vida del derecho.

3. La Estrategia Nacional solo consta en un acuerdo que tampoco se refiere a los SPC en particular

Por su parte, la Estrategia Nacional, que sería el otro instrumento que supuestamente creó el SPC Río Maullín, tampoco cumple con los requisitos que establece la Ley 19.880 para que sea exigible. Además, lo cierto es que el SPC Río Maullín tampoco está contenido expresamente en dicha estrategia.

Al respecto, la Ley 19.880 dispone en el inciso primero de su artículo 3° que los actos administrativos son decisiones escritas que adopta la Administración. A su turno, el inciso sexto del mismo precepto lo amplía a aquellas actuaciones que -sin ser estrictamente decisiones- constituyen manifestaciones de voluntad de los organismos públicos tales como los dictámenes, las declaraciones de juicio, de constancia o conocimiento, siempre que se realicen en el ejercicio de las competencias que le son propias.

En ese sentido, la Estrategia Nacional solo consta en el Acuerdo 242/2003, que es la manifestación de voluntad de un órgano administrativo pluripersonal o “colegiado”, la CONAMA, que debió ser materializado a través de un acto administrativo -resolución- de la autoridad ejecutiva, quien a la sazón era el Director Ejecutivo de la CONAMA.

En efecto, el inciso séptimo del artículo 3° de la Ley 19.880 dispone expresamente que *“Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente”*.

Es decir, no basta el acuerdo, sino que este debe llevarse a efecto por la autoridad ejecutiva, que conforme a la ley, era el Director Ejecutivo de CONAMA.

Por lo tanto, la Estrategia Nacional que consta en el Acuerdo 242/2003 es insuficiente para crear un área bajo protección oficial como el SPC Río Maullín.

Sobre el particular, cabe agregar que -mediante solicitud de transparencia pasiva de AW002T0008797- se solicitó al Ministerio del Medio Ambiente copia de la Estrategia Nacional contenida en el Acuerdo 242/2003 de la CONAMA, de cuya lectura se evidencia que no se refiere en particular a los sitios que fueron priorizados en las estrategias regionales, ni menos al SPC Río Maullín.

Además, si bien existen documentos ilustrativos que establecen como línea estratégica de acción clasificar los ecosistemas y fijar las prioridades de conservación, definiéndose de

esta forma los SPC, el único acto administrativo que tiene algún viso de legalidad, el referido acuerdo, **solo se refiere a que las estrategias regionales se identificaron SPC, sin explicitar ni señalar cuáles serían estos.**

Por tanto, no solo la Estrategia Los Lagos no creó el SPC Río Maullín, sino que tampoco lo hizo la Estrategia Nacional, no existiendo acto administrativo alguno que se haya expedido y dé cuenta de ello.

4. El Sitio Prioritario RM no tiene validez jurídica porque ninguno de los actos que lo establecerían fue publicado en el Diario Oficial

a) El deber de publicidad de los Actos Administrativos como requisito de ejecutividad

Todo acto administrativo debe ser notificado o publicado, según corresponda, para que produzca efectos jurídicos. Hace varias décadas, y aún antes de la dictación de la Ley 19.880, la Contraloría General de la República, los tribunales de justicia y la doctrina más clásica de nuestro país, coincidían en que aquellos actos que afectaban a un número indeterminado de personas debían ser objeto de publicación en el Diario Oficial.

En efecto, ya mediante la Circular 61.403 de 1961, la Contraloría estableció qué decretos o resoluciones debían publicarse en el Diario Oficial, fijando como criterio el hecho de que afectaren “indeterminadamente” a las personas. A su vez, mediante dictamen 26.349 de 1964, el Ente Fiscalizador agregó que un acto administrativo que contuviera disposiciones de general aplicación también debía ser publicado en el Diario Oficial.

La tesis de que los actos que afecten indeterminadamente a los particulares deben publicarse en el Diario Oficial ha sido consistentemente reiterada por el Órgano Contralor en los dictámenes 4.403 de 1972, 872 de 1993 y 3.128, 6.932 y 7.298, todos de 1999.

En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales de justicia. Solo a modo ejemplar, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, a través de sentencia dictada en la causa rol 94-1986, caratulada “Constructora Río Toltén con alcalde de la municipalidad de Las Condes”, resolvió que tratándose de actos administrativos generales, el conocimiento de ellos por parte de los afectados solo puede ocurrir desde su publicación en el Diario Oficial.

También, ya en la década del 40’, el profesor Guillermo Varas señalaba que la publicación o notificación de los actos administrativos constituyen un requisito formal pero esencial en el Derecho Público, “cuyo cumplimiento es indispensable para la validez del acto”¹⁰.

Posteriormente, con la dictación de la Ley 19.880 se consagró legalmente la obligación de que los actos administrativos que afecten indeterminadamente a las personas deben ser publicados en el Diario Oficial, disponiéndose a su turno que aquellos que produzcan efectos particulares deben ser notificados.

¹⁰ VARAS CONTRERAS, Guillermo (1948), *Derecho administrativo*, 2ª Edición, Editorial Nascimento, Santiago, pág. 276.

Lo anterior, en desarrollo del Principio de Transparencia y Publicidad, establecido en el artículo 8° de nuestra Constitución Política, y regulado -entre otros- por el artículo 16 de la Ley 19.880, así como en los artículos 48 y 51 del mismo cuerpo legal que tratan de la publicidad y ejecutividad de los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 48 dispone que deberán publicarse en el Diario Oficial los actos administrativos que, entre otros, contengan normas de general aplicación o que miren el interés general y aquellos que interesen a un número indeterminado de personas. A su vez, el mismo cuerpo legal dispone en su artículo 51 que “*Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general*”.

Enseguida, la ejecutividad, cuyo reconocimiento normativo se encuentra en el artículo 51 inciso segundo de la Ley N°19.880, es una característica que se relaciona con la “eficacia” de los actos administrativos, es decir, con el momento a partir del cual se desarrollan los efectos que éstos han creado y que coincide, en términos generales, con la fecha de notificación o publicación, salvo que la ley o el propio acto dispongan algo distinto¹¹.

De este modo, un acto administrativo que interesa a un número indeterminado de personas, que contenga disposiciones de general aplicación o que miren al interés general, siempre debe ser publicado en el Diario Oficial, y solo desde esa fecha producirá efectos jurídicos en los regulados.

La doctrina, por lo demás, coincide en que la exigencia de publicación o notificación de los actos es una garantía ineludible para las personas, cuya finalidad es llevar al conocimiento de éstas el contenido de una decisión de la autoridad y que es condición legal de la eficacia de los actos en tanto sólo luego de ese momento se espera la adecuación de una conducta¹². Desde esta perspectiva, los actos administrativos no son eficaces para los ciudadanos desde el momento mismo en que se dictan, sino que debe verificarse el elemento extrínseco de puesta en conocimiento¹³.

Como señalamos, una excepción a esta regla jurídica debe estar establecida en el mismo cuerpo legal que habilita a la Administración dictar el correspondiente acto administrativo. Así ocurre, por ejemplo, respecto del nombramiento de funcionarios de la Administración Pública, conforme lo dispuesto en el artículo 16 inciso segundo del Decreto con Fuerza de Ley N°29 de 2004 del Ministerio de Hacienda que “*Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo*”. El artículo 16 inciso segundo del referido cuerpo normativo permite que los decretos o resoluciones de

¹¹ Así lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema. Sobre el particular, SCS de 15 de enero de 2018, Rol N°55.176-2016, consid. 12°.

¹² Sobre el particular, PAREJO ALFONSO, Luciano (2016), “*Lecciones de Derecho administrativo*”, 8ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 532.

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2013), “*Derecho administrativo. Parte general*”, 9ª Edición, Tecnos, Madrid, págs. 546 a 548.

nombramiento permitan -por razones de buen servicio- la asunción de funciones antes de su total tramitación, permitiendo excepcionalmente que surtan efectos jurídicos antes de su toma de razón y publicación.

Como se explicará en los siguientes apartados, ninguno de los actos de las autoridades sectoriales ha sido publicados en el Diario Oficial, ni menos notificados a determinadas personas, a pesar de que éstos contienen materias de interés público y que pretenden producir efectos generales.

Este defecto grave incide, por una parte, en el efectivo conocimiento de los criterios, interpretaciones, aplicaciones y obligaciones que se contienen en los actos de carácter general y que, a la vez, podría interesar a un número indeterminado de personas. Es decir, la falta de publicación de los actos administrativos no sólo trasgrede un mandato expreso de la CPR y de la ley, sino que también afecta la seguridad jurídica, aspecto que se relaciona con la oficialidad del documento y la intangibilidad de su contenido.

Por otra parte, en tanto la ley o los mismos actos referidos no han fijado una regla especial sobre su eficacia, la falta de publicación desatiende un aspecto imprescindible para quienes son o serán destinatarios del contenido del acto administrativo, este es, la certeza del momento a partir del cual empezarán a generarse efectos jurídicos y en el que los sujetos obligados deberán adecuar su conducta.

b) Ninguno de los actos que dieron lugar a los SPC, y en particular al Sitio Prioritario RM, han sido publicados en el Diario Oficial

En el caso concreto, si estimáramos que la Estrategia Los Lagos o la Estrategia Nacional crearon el Sitio Prioritario RM, lo cierto es que ninguna de ellas fue publicada en el Diario Oficial, incumpléndose así con la obligación establecida en el artículo 48 de la Ley N°19.880.

Lo anterior implica que ninguno de esos actos haya generado -ni generará hasta su publicación-, efectos jurídicos conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 51 de la Ley 19.880.

En el caso del Sitio Prioritario RM es especialmente evidente que el acto que lo creó debía ser publicado en el Diario Oficial, porque a partir de su eventual dictación (ya vimos que nunca se dictó el acto administrativo que lo crea) se habría declarado una superficie de miles de hectáreas como SPC, lo que claramente afectaría indeterminadamente a particulares, así como a un número indeterminado de personas cuyo derecho al uso y goce de sus propiedades se ve perturbado.

Además, el hecho de que no se haya publicado implica que los SPC no puedan ser considerados áreas bajo protección oficial, conforme los criterios de la misma DE SEA, por cuanto adolecen un acto de declaratoria formal.

A su vez, la falta de declaración formal también ha conllevado que el Sitio Prioritario RM

no cuente con cartografía oficial ni un polígono definido mediante un acto de autoridad, por lo que adolece de otro requisito que la misma DE SEA exige para efectos de ser considerado un área bajo protección oficial.

De hecho, la única cartografía existente es meramente referencial, y se elaboró en base a una consultoría del Ministerio del Medio Ambiente, sin conocerse los fundamentos para que estableciera los límites que propone, máxime si entre la Estrategia Los Lagos y la Estrategia Nacional se produjo un inexplicable e injustificado aumento de superficie de 20.000 ha.

Pues bien, todo lo anterior es especialmente relevante en este caso porque el Cargo N°1 presupone que la Empresa desarrolló el Proyecto dentro de un área bajo protección oficial, el Sitio Prioritario RM, en circunstancias que los actos que supuestamente lo crearon nunca surtieron efectos jurídicos al no haberse dictado resolución aprobatoria, no haberse publicado, y no haberse fijado su cartografía oficial.

5. Los actos administrativos en virtud de los cuales la DE SEA establece que los SPC son relevantes para el SEIA y aquellos que los SPC que corresponden a humedales son áreas bajo protección oficial para efectos del SEIA, tampoco fueron publicados en el Diario Oficial

Los Oficios emitidos por la DE SEA, en los que establece el listado de los SPC relevantes para efectos del artículo 11 letra d) de la Ley 19.300, o que los SPC que corresponden a humedales son áreas bajo protección oficial, tampoco fueron publicados en el Diario Oficial, en circunstancias que su contenido interesaba a un número indeterminado de personas, porque ampliaba la causal de ingreso del artículo 10 letra p) de la Ley 19.300.

En efecto, ni el Ordinario N°100143, que establece el listados de SPC que son relevantes para efectos de determinar si un proyecto o actividad debe evaluarse a través de un EIA, ni el Ordinario N°161081, que establece que los SPC que son humedales son áreas bajo protección oficial para efectos del artículo 10 letra p) de la Ley 19.300, fueron publicados en el Diario Oficial, en circunstancias que la dictación de ambos fija el criterio que debe ser considerado por los particulares a la hora de determinar si el proyecto o actividad que van a desarrollar se emplaza o no dentro de un área bajo protección oficial.

Es decir, aquellos actos que interesan a todos quienes quieren desarrollar un proyecto o actividad para efectos de determinar si deben evaluarse ambientalmente nunca se publicaron y, por lo tanto, tampoco han generado efectos jurídicos.

De hecho, requerido el Servicio de Evaluación Ambiental sobre lo señalado vía ley de transparencia, este respondió que ni los oficios señalados ni los que a continuación se señalan han sido publicados en el Diario Oficial:

- i) Oficio N°103008 de 28 de septiembre de 2010, que “Imparte instrucciones sobre sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad”;

- ii) Oficio N°130844 del 22 de mayo de 2103, que “Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para los efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, e instruye sobre la materia” y,
- iii) Oficio N°20229910238 de 17 de enero de 2022, que complementa el N°130844.

Lo anterior, implica que no pueda exigírseles al titular evaluar ambientalmente el Proyecto por emplazarse en el Sitio Prioritario RM, ya que los actos que establecen que el referido sitio es relevante para efectos del SEIA y fijan el criterio de que debe ser considerada un área bajo protección oficial **no le son oponibles**.

Además, la obligación de publicidad de estos actos era aún más palmaria, porque los Oficios de la DE SEA se dictaron a partir de la potestad que le otorga el artículo 81 letra d) de la Ley 19.300, y que lo autoriza a dictar actos que interesa a un número indeterminado de personas, ya que uniforman criterios para efectos de determinar si un proyecto o actividad debe o no ingresar al SEIA.

En ese sentido, es inaceptable que ninguno de los actos que la DE SEA dicta en el ejercicio de su potestad sea publicado, porque es indudable que afectan a todos quienes quieran desarrollar un proyecto o actividad que esté regulado por la legislación o normativa ambiental.

Ahora bien, si se aduce que la naturaleza de estos Oficio Ordinarios son instrucciones internas del servicio, estas tampoco le serían oponibles a mi representada.

Lo anterior, porque la doctrina especializada entiende que las “*circulares o instrucciones son normas que dictan los jefes de servicio en virtud de su potestad jerárquica o de mando, dentro del margen de discrecionalidad que le entrega el ordenamiento, para la buena marcha y funcionamiento de la entidad pública*”¹⁴.

Por tanto, ambos son actos con proyección netamente interna a la Administración, careciendo de fuerza vinculante respecto de los administrados¹⁵; en efecto, se entiende que no forman parte del denominado Derecho objetivo¹⁶.

Sobre el particular, la jurisprudencia del contralor ha señalado que las “*circulares e instrucciones sólo tienen por objeto materializar la potestad de mando que corresponde a los jefes de servicio en relación con los funcionarios que le están subordinados, precisando la interpretación práctica que deben otorgar a las leyes y reglamentos que les corresponde*

¹⁴ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “Las normas administrativas en el sistema de fuentes”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 1, pp. 32-33.

¹⁵ ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 10ª ed., Madrid, 2021, p. 107.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters Civitas, 20ª ed., Madrid, 2022, t. 1, p. 224.

aplicar en el ejercicio de sus labores, y que la referida potestad de mando no crea obligaciones para los particulares”¹⁷.

En particular, la entidad contralora ha señalado respecto al ejercicio de las facultades interpretativas de los órganos administrativos que el ejercicio de esas competencias no habilita a los organismos públicos a establecer nuevos requisitos, lo que implica innovar respecto de la legislación pertinente, *“pues esa potestad no se extiende a aquella de crear, extinguir o modificar derechos, obligaciones o requisitos, lo que es materia de ley”¹⁸.*

En sentido similar, ese organismo ha señalado, a través de su jurisprudencia administrativa asentada, que las instrucciones *“por su naturaleza, no constituye[n] un instrumento normativo propiamente tal, sino que tiene[n] por objeto fijar al interior de un organismo público las modalidades prácticas que se seguirán para aplicar las prescripciones de las normas legales y reglamentarias, a las cuales tiene que sujetarse íntegramente para tener validez y eficacia”¹⁹.*

En consecuencia, las circulares e instrucciones tienen por objeto precisar y explicar la aplicación de la ley, mas no pueden imponer deberes adicionales para los ciudadanos, pues aquello se encuentra reservado a la ley y al reglamento, lo cual constituye el Derecho objetivo²⁰, de lo contrario se encuentra expuesto el jefe de servicio a cometer una flagrante ilegalidad²¹.

Lo anterior aplica plenamente al presente caso en el cual la DE SEA ha dictado instructivos cuyo cumplimiento la SMA le exigiría a terceros, en circunstancias que no le son oponibles. De hecho, si se consideran normativa interna, se estarían ampliando las causales de ingreso al SEIA establecidas en el respectivo reglamento por medio de simples oficios internos que además de no serle oponibles a terceros, estos no tendrían cómo conocer.

Todo lo señalado tiene como resultado que estos actos no sean conocidos por la ciudadanía, generándose una situación como la del presente caso, en que una persona buscaba desarrollar un proyecto en un terreno de su propiedad que supuestamente se encuentra dentro del Sitio Prioritario RM, en circunstancia que no tenía cómo saber, además de su existencia y extensión, que esta clase de figuras de protección son relevantes para el SEIA.

6. Al crearse el Santuario Río Maullín dejó de tener vigencia el Sitio Prioritario RM, por lo que la Formulación de Cargos pierde objeto

Los SPC corresponden a aquellas áreas en que se deben adoptar medidas especiales para proteger su biodiversidad. Es decir, en estricto rigor no corresponden a áreas protegidas,

¹⁷ Dictamen N° 2.965, de 2008, criterio reiterado posteriormente en el dictamen N° 36.737, de 2008.

¹⁸ Entre otros, dictamen N° 46.512, de 2016.

¹⁹ Dictamen N° 29.554, de 2007.

²⁰ CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2ª edición, Santiago, 2015, p. 162.

²¹ CORDERO QUINZACARA, *op. cit.*, p. 37.

sino a aquellas que se busca proteger.

En función de lo anterior, las Estrategias Regionales de Desarrollo para la Biodiversidad, y la Estrategia Nacional, listaron los sitios que debían priorizarse para efectos de ser transformados en áreas protegidas.

Lo anterior es coherente con su categoría porque, como bien dice su nombre, la declaratoria de un SPC no tiene por objeto crear una figura de protección, sino priorizar las áreas que deben protegerse, lo que se condice con el hecho de que los actos de declaratoria no tienen los elementos que el DE SEA considera que deben contener las “área bajo protección oficial”.

En efecto, ni la Estrategia Los Lagos ni la Estrategia Nacional tienen una delimitación georreferenciada de los SPC, en circunstancias que son dichos actos los que supuestamente crean esas “áreas bajo protección oficial”.

Lo señalado es coincidente con lo reconocido por el Ministerio del Medio Ambiente, que en la ENB 2017-2030 establece, respecto de los humedales, que al 2030 se habrán utilizado los mecanismos para dar protección oficial a los sitios priorizados.

Lo anterior resulta de suma relevancia, porque si se considerara que los SPC son áreas bajo protección oficial, no sería necesario darles protección.

Por otro lado, si bien la CGR a través de su dictamen N°48.146 de 2016, le atribuye a los SPC la calidad de áreas protegidas a partir de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N°20.283, y 10 y 12 del DS 82, estas disposiciones prohíben realizar ciertas acciones en los mismos, y no regulan los aspectos administrativos de los SPC, en particular, lo relacionado con eventuales planes de manejo que permitan asegurar la conservación de los objetos de protección, por lo que en estricto rigor tampoco los transforma en áreas bajo protección oficial.

A su vez, la CGR establece claramente que son áreas bajo protección oficial los humedales que hayan sido declarados SPC, sin que a la fecha se haya declarado algún humedal en ese sentido.

Además, el hecho de que los SPC no sean áreas bajo protección oficial *per se*, tiene especial relevancia en el presente caso por la creación del Santuario de la Naturaleza Río Maullín, el que sí es un área bajo protección oficial y sus objetos de protección son los humedales y la fauna del Río Maullín, es decir, los mismos que los del Sitio Prioritario RM.

Por lo tanto, al ser el objeto del Sitio Prioritario RM priorizar dicho lugar para conservar los humedales del referido río y su fauna, y contemplar el Santuario Río Maullín los mismos objetos de protección, con la dictación del DS 2 MMA dejó de tener sentido desde el punto de vista ambiental, y con ello efectos jurídicos, la permanencia del sitio prioritario, debiendo ser eliminado del listado en el proceso de actualización, conforme lo comprometido en la ENB 2017-2030, lo que debió cumplirse -según la misma estrategia-

el 2020²².

Por último, lo señalado sobre la vigencia del Sitio Prioritario RM también es concordante con el objetivo estratégico 13.3 de la ENB 2017-2030, porque al crearse el área de protección Santuario Río Maullín, el Sitio Prioritario RM perdió objeto al encontrarse esa superficie salvaguardada a través un instrumento oficial que cumplió con los requisitos de la Ley 19.880 y, por lo tanto, sí genera efectos jurídicos.

7. Aún si el Sitio Prioritario RM existiera, el Proyecto se emplaza fuera de sus límites, porque al no ser claros, rigen los del Santuario Río Maullín por tener ambas áreas identidad de objetos a proteger

Sin perjuicio de lo señalado, de estimarse que el SPC Río Maullín se encuentra vigente y era oponible a mi representada, tampoco debe considerarse como un área bajo protección oficial en el marco de lo establecido por la CGR en el dictamen 48.846 de 2016, o a lo menos no íntegramente.

Lo anterior, porque en virtud de dicho dictamen se establece que los humedales declarados SPC son áreas bajo protección oficial para efectos del artículo 10 letra p) de la Ley 19.300, sin embargo, la Estrategia Los Lagos establece que el SPC Río Maullín, que tiene una superficie de 55.000 ha, comprende por un lado sectores de humedales del Río Maullín y, por otro, el área de Monteverde que se buscaba proteger por su riqueza arqueológica.

Es decir, el referido SPC no tiene un único objeto de protección y no abarca únicamente humedales, por lo que la protección de la Ley N°20.283 y el DS 82 solo aplicaría a una parte de él.

Esto adquiere mayor relevancia en el presente caso, en que la superficie del referido sitio prioritario aumentó inexplicablemente de 55.000 a 75.000 ha, comprendiendo 200 hectáreas de ciudades, pueblos y zonas industriales, 149 ha de red vial, 2.000 ha de plantaciones y 32.000 hectáreas de pradera y matorral, como lo reconoce el Ministerio del Medio Ambiente en su sitio web, no correspondiendo ninguna de esas superficies a humedales, por lo que no puede ser considerada como parte del área bajo protección oficial.

Asimismo, es concordante con el hecho de que, para proteger los humedales del Río Maullín, el DS 2 MMA creó el Santuario Río Maullín con una superficie de 8.096 ha y no de 75.000 ha, lo que también se explica porque a partir de revisión de imágenes satelitales se puede apreciar que el SPC Río Maullín abarca extensas superficies en las que actualmente se desarrollan actividades ganaderas, agrícolas o forestales en terrenos en los que no hay indicio alguno de la existencia de humedales.

²² Recién este año se licitó un estudio para actualizar la información de los SPC, conforme consta en el sitio web de Mercado Público: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=4Kv9P4thuWcWZpLQK3hEDQ==>

En particular, con relación al Proyecto, la importancia de esto se da porque en el sector alto no se encuentran ninguno de los objetos de protección que se busca proteger, ya que comprenden praderas destinadas a la actividad ganadera, y que quedaron exceptuadas del Santuario Río Maullín.

Además, las obras desarrolladas en el sector bajo tampoco se encuentran dentro de los límites del Santuario Río Maullín, por lo que tampoco deben ingresar al SEIA.

En consecuencia, al contemplar solo una parte del Sitio Prioritario RM el ambiente humedales, solo esa podría eventualmente corresponder a un área bajo protección oficial si se hubiera declarado oficialmente como un SPC, lo que implica un problema sustancial de certeza por cuanto es imposible saber a qué superficie se circunscribiría.

En base a lo anterior, cabe preguntarse ¿Cuál sería la real superficie del Sitio Prioritario RM que debe considerarse como área bajo protección oficial? ¿La que considera praderas, pueblos y caminos, o la que se restringe a proteger los humedales? ¿No es acaso lo último lo que la CGR consideró relevante para efectos de que los SPC sean áreas bajo protección oficial? ¿Corresponde entonces que todo bosque nativo se considere parte del Sitio Prioritario RM o solo aquél que forma parte de un humedal?

En respuesta, la superficie del Sitio Prioritario RM que debiese ser considerada como área bajo protección oficial es la misma que la del Santuario Río Maullín, tanto por identidad de objetos de protección como por coherencia con lo dictaminado por la CGR mediante el dictamen 48.846 de 2016, que solo reconoce como área bajo protección oficial a los humedales declarados SPC.

Si así fuera, el Proyecto no debe ingresar al SEIA por la causal esgrimida por esta Superintendencia, ya que ninguna de sus partes efectivamente desarrolladas -entre ella el camino que afectó la ladera- se encuentran dentro del área bajo protección oficial vigente, conforme se puede apreciar en la siguiente imagen, en la que se encuentra en color violeta la superficie del Santuario Río Maullín y en amarillo las obras del Proyecto, que evidentemente se encuentran fuera del área bajo protección oficial.



A continuación, y para mayor claridad, exponemos en un cuadro resumen de lo todo lo señalado:

Instrumento	Área creada	Año	Superficie	Cartografía Oficial	Acto administrativo aprobatorio	Se publicó en el D.O.
Estrategia Regional para la Conservación y Utilización Sostenible de la biodiversidad, Décima Región de Los Lagos	Sitio Prioritario para la Conservación Río Maullín	2002	55.000 hectáreas	No	No	No
Estrategia Nacional de Biodiversidad	Ninguna	2003	Ninguna	No	No	No
Oficio N° 103008 de 28 de septiembre de 2010, que “Imparte instrucciones sobre sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad”;	N/A	2010	75.073 hectáreas	No	Sí	No
Oficio N° 130844 del 22 de mayo de 2013, que “Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre	N/A	2013	Ninguna	No	Sí	No

áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para los efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, e instruye sobre la materia”						
Cartografía elaborada con apoyo de proyecto GEF. Creación de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas	Sitio Prioritario para la Conservación Río Maullín	2015	75.073 hectáreas	No, es referencial	No	No
Oficio N°20229910238 de 17 de enero de 2022, que complementa el N°130844.	Ninguna	2022	Ninguna	No	Sí	No
Decreto Supremo N°2/2022 que crea Santuario de la Naturaleza Humedales Río Maullín	Santuario de la Naturaleza Humedales Río Maullín	2022	8.096,8 hectáreas	Sí	Sí	Sí

C. Los efectos del Cargo N°1, consistente en la corta de bosque nativo sin autorización, ya fueron objeto de un procedimiento sancionatorio sectorial que se encuentra concluido

1. El Principio “non bis in idem”

Tal como ha señalado la doctrina, “*el principio ne bis in idem, dispone que nadie puede ser juzgado o sancionado dos veces por un mismo hecho*”²³.

Lo anterior, tiene como fundamento normativo el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, en cuanto es recogido en el numeral 4 del artículo 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el numeral 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, también encuentra asidero

²³ OSORIO VARGAS, Cristóbal, Manual de Derecho Administrativo Sancionador, p.432.

en la garantía del 19 N°3 de la Carta Fundamental, que específicamente enuncia en su inciso sexto el derecho a un procedimiento racional y justo.

En materia sancionatoria ambiental, el artículo 60 inciso segundo de la LOSMA establece que *“En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.”*

La infracción a este principio requiere que respecto de ambos juzgamientos o sanciones se verifique la triple identidad, esto es, que se genere una identidad de hechos, de sujetos y de fundamento o causa.

Al respecto, los Tribunales Ambientales se han referido en más de una oportunidad respecto de este principio. En efecto, el Segundo Tribunal Ambiental en sentencia dictada en la causa rol R-58-2015 consideró que *“[...] el principio ne bis in idem se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo hecho o más técnicamente de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos) en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona”*²⁴. Además, *“[...] el profesor Mañalich agrega que “el principio ne bis in idem no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho o más exactamente, la misma propiedad de un hecho para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención a esa prohibición de exceso”*²⁵.

A su vez, el mismo Tribunal, en sentencia dictada en causa rol R-44-2014, consideró que *“en cuanto a los elementos de la triple identidad, en particular la igualdad de hecho, la doctrina ha desarrollado criterios que permiten determinar cuándo se está ante uno o varios hechos. Así, “existirá un solo hecho cuando la actuación del sujeto corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorada unitariamente en un tipo (criterio normativo)”*²⁶.

Por su parte, el Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia dictada en la causa rol R-22-2015, ha señalado que la triple identidad se verifica si se cumple con el silogismo *“X es idéntico con Y si y solo si cada una de las propiedades de X es propiedad de Y y cada propiedad de Y es propiedad de X” conocido como la Ley de identidad de Leibniz*²⁷.

Pues bien, a continuación demostraremos que la SMA está juzgando a la Empresa respecto de un hecho que ya fue objeto de un procedimiento sancionatorio anterior llevado a cabo por la Corporación Nacional Forestal (“CONAF”), que se encuentra concluido y por el cual fue sancionada, por lo que se configura una infracción al principio analizado, haciéndose

²⁴ Considerando Decimosexto.

²⁵ Ídem.

²⁶ Considerando Quincuagésimo Cuarto.

²⁷ Considerando Decimoséptimo.

esto más patente todavía si considera el mismo hecho en la sanción que eventualmente pueda aplicar a mi representada.

2. Configuración de la infracción al principio *non bis in idem*

Uno de los efectos considerado por la SMA en la Formulación de Cargos es que la Empresa habría realizado corta de bosque nativo sin autorización.

En efecto, en el resuelvo I. de la Formulación de Cargos la SMA señala que el hecho constitutivo de infracción N°1 es la elusión al SEIA “*con afectación del suelo por procesos erosivos y fuerte pendiente, así como por corta de vegetación no autorizada*” (énfasis agregado).

Por lo tanto, uno de los elementos del Cargo N°1 es precisamente la afectación del suelo por corta de bosque nativo no autorizada, en circunstancias que mi representada ya fue sancionada por la CONAF por este hecho y se está haciendo cargo de la afectación generada a través de un plan de reforestación.

En efecto, CONAF fiscalizó el Proyecto el 2 de enero de 2021, elaborando el respectivo informe el 18 de ese mes y año y realizando la denuncia por corta no autorizada de Bosque Nativo el 3 de marzo de 2021 al Juzgado de Policía Local del Llanquihue (“JPL”), siendo proveída por el JPL el 9 de marzo siguiente, dando lugar al procedimiento causa rol 80.167-2020, procedimiento judicial que se encuentra en estado de citación a las partes a la audiencia de contestación y prueba.

De hecho, fue la misma CONAF la que denunció los hechos a la SMA, pero no para que juzgue y sancione a la Empresa por la afectación del suelo producto de la corta no autorizada de bosque nativo, sino por la elusión al SEIA, por lo que la SMA no puede considerar en este procedimiento el efecto incorporado en el Cargo N°1.

Lo anterior, máxime si respecto del hecho que la SMA considera como efecto y el sancionado por CONAF se verifica la triple identidad al: i) referirse al mismo hecho material, consistente en la corta de bosque nativo; ii) sancionarse al mismo sujeto, mi representada, y iii) tener ambos un mismo fundamento, el haber cortado bosque nativo sin la autorización correspondiente, conforme lo exige la Ley N°20.283.

Por lo tanto, si esta Superintendencia considera, tanto en el procedimiento sancionatorio como en la determinación de la sanción, la afectación del suelo por corta de bosque nativo no autorizada infringe el principio *non bis in idem* tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo, ya que la Empresa habrá sido juzgada o sancionada dos veces por un mismo hecho.

D. El hecho infraccional del Cargo N°2 tampoco se verifica porque la medida ordenada por esta Superintendencia fue acatada

Respecto al Cargo N°2, mi representada también debe ser absuelta por cuanto el hecho infraccional contenido en la Formulación de Cargos correspondería a una situación puntual

y particular que tuvo por objeto precaver afectaciones mayores al suelo o la generación de otros procesos erosivos con ocasión de la construcción del camino.

Al respecto, la SMA indica en el considerando 14 de la Formulación de Cargos que en la visitas a terreno realizadas los días 19 y 25 de febrero de 2021 se habría constatado que *“Alto Maullín SpA hace caso omiso de la detención total del funcionamiento de las instalaciones asociadas al loteo por cuanto se constató en terreno la realización de trabajos para canalización subterránea del agua en distintos sectores del loteo, utilización de maquinaria para tapar con tierra luego de efectuados los trabajos de estas canalizaciones, uso de maquinaria para incorporar material (piedras) como estabilizado del camino que conduce al Sitio Prioritario SP-035 en el sector de las torres de alta tensión y uso de maquinaria (retroexcavadora) para despejar el acceso a uno de los caminos interiores a al cual no se tuvo acceso en la actividad del 19 de febrero de 2021 pero sí en las actividades posteriores, es decir, 25 de febrero y 2 de marzo de 2021”*.

A su vez, en el considerando siguiente de la Formulación de cargos la SMA determinó que *“si bien el 19 de febrero 2021 se verificó la detención de las obras en el sector bajo, el 25 de febrero se constataron trabajos en la canalización del agua en el camino que lleva hacia la parcela 14 y se evidenciaron trabajos en otro tramo de uno de los caminos interiores que no fue posible recorrer el día 19. Luego, el 2 de marzo de 2021 se verificó nuevamente trabajos en caminos anteriores asociados a canalización de agua que posteriormente fue tapada con tierra, asimismo, en esta oportunidad se verificó que, en el sector de torres de alta tensión, que corresponde al camino que conduce al sitio prioritario N°035, los montículos de piedra existentes en el sector fueron removidos o incorporados al estabilizado del camino. Finalmente, en el “sector bajo” tampoco se verifican trabajos este día.”*.

Sin embargo, y como bien se informó en presentación de 19 de febrero de 2021, en la que consta un acta de visita notarial de 3 de marzo de 2021 que certifica que en el Proyecto no se estaban desarrollando trabajos, los hechos señalados en los considerandos citados dicen relación con trabajos de tapado de canalizaciones que estaban en ejecución y no podían ser paralizados, ya que ello implicaba dejarlos abiertos y expuestos ante la inminente llegada de la temporada de lluvias, arriesgando dichos canales se inundaran y dieran lugar a procesos erosivos. Lo mismo con los demás trabajos, por cuanto todos ellos solo tuvieron por objeto terminar labores pendientes que, ante la eventualidad de lluvias, podían generar efectos adicionales a los ya ocasionados.

Por otro lado, y tal como se indica en la misma Formulación de Cargos, todos estos trabajos se realizaron en el “sector alto”, que se emplaza fuera del Sitio Prioritario RM y está conformado por praderas, mientras que el “sector bajo” no fue alterado luego de la orden de paralización, con lo cual se aseguró que aquella superficie relevante desde el punto de vista ambiental no se viera afectada por nuevos trabajos.

En ese sentido, mal puede hablarse de incumplimiento de una medida de paralización si en

aquella parte del Proyecto que es ambientalmente relevante no se volvieron a realizar trabajos luego de que fuera ordenada.

E. Ante el improbable caso de rechazarse los argumentos expuestos, solicito que se tengan en consideración lo siguiente elemento respecto a la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

Según se expondrá a continuación, en el presente caso se han configurado diversas circunstancias que deben ser consideradas como atenuantes de responsabilidad, motivo por el cual se solicita, desde ya, que se imponga amonestación por escrito o el mínimo monto de la multa establecida en la Ley.

En relación con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y los márgenes para la imposición de una multa proporcional, el artículo 40 de la Ley 20.417, establece:

“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

e) La conducta anterior del infractor.

f) La capacidad económica del infractor.

g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.

Asimismo, para orientar la ponderación de estas circunstancias, con fecha 22 de enero de 2018, mediante resolución exenta N° 85 de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, se aprobó la actualización de las Bases Metodológicas para la

Determinación de Sanciones Ambientales, la que fue publicada en el Diario Oficial el 31 de enero de 2018 (“Bases Metodológicas”).

Pues bien, a continuación, se analizarán las circunstancias del artículo 40 de la Ley 20.417 que se configurarían en el presente caso, de conformidad a los criterios y directrices entregadas por las Bases Metodológicas para cada una de estas circunstancias y que hacen procedente la aplicación de amonestación por escrito o, en su defecto, la menor sanción de multa aplicable que contempla la LOSMA.

1. No se ha configurado la circunstancia agravante de la letra a) del artículo 40 de la Ley 20.417 sobre la Importancia del daño causado o del peligro ocasionado

En primer término, se hace presente que, de acuerdo con las “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales” (“Bases”), las cuales por cierto tampoco han sido sancionadas por resolución ni publicadas en el Diario oficial, este es un criterio vinculado a la generación de un daño o un peligro.

Respecto al daño, las Bases señalan que se vincula con los “*los efectos ocasionados por la infracción cometida*”, pudiendo constatarse un daño por la generación de un menoscabo al medio ambiente que no debe ser necesariamente significativo.

A su vez, respecto al peligro, las Bases recurren a la definición empleada por el SEA, que lo define como “*la capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”.

Ahora bien, si producto de una infracción se genera un daño o peligro, las Bases establecen que es necesario ponderar su importancia, remitiéndose para ello a la tabla 3.2 del acápite 3.4.1. que establece que para fijar el riesgo o daño ocasionado al medio ambiente, o alguno de sus componentes, se deberá considerar: (i) significancia y características del riesgo ocasionado; (ii) significancia y características del daño ocasionado; (iii) reparabilidad del daño ambiental ocasionado; (iv) recursos naturales y/o servicio ecosistémico afectados; (v) recursos y áreas protegidas públicas o privadas, sitios prioritarios o zonas con valor ambiental; (vi) sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, y (vii) categoría de conservación de las especies afectadas.

Al respecto, en primer lugar, es importante señalar que en el marco del PdC rechazado se elaboró y presentó un informe sobre los efectos generados por los hechos infraccionales que fue aprobado por esta Superintendencia.

En efecto, en el marco del PdC se acompañó el “Informe que contiene un análisis acabado y técnico de los efectos producidos por las infracciones” elaborado por Raul Arteaga M., el que arriba a las siguientes conclusiones:

- a) El área afectada por la tala de bosque nativo, considerando incluso los 4 sectores

señalados por CONAF y el Tercer Tribunal Ambiental en la Sentencia 3TA, es ínfima respecto a la superficie total del SPC Río Maullín.

- b) Los impactos ocasionados no son significativos porque no se afectaron los objetos de protección del Sitio Prioritario RM, no intervinieron hualves, totorales, estuarios, aves asociadas al sistema acuático ni el hábitat del huillín.
- c) Si bien la construcción del camino afectó un área aledaña a un sector de bosque inundado, no se verificaron efectos en él porque: i) ninguna de las especies taladas corresponden a las existentes en los bosques inundados; ii) la intervención no lo toca directamente, emplazándose el punto más cercano a una distancia de 30 metros; iii) el área que tiene riesgo de deslizamiento es muy acotada; iv) el área afectada estaba cubierta principalmente del matorral quila; v) de producirse un deslizamiento, este quedaría contenido por la quila que media entre el lugar afectado y el sector de hualves más cercano.
- d) Otro objeto de protección, las aves asociadas al sistema acuático, no sufrieron un efecto directo e importante por la intervención.
- e) El objeto de protección “huillín” tiene mayor presencia en el área del estuario, no en la afectada por el Proyecto.

A lo anterior, debe sumarse que, si bien la Sentencia 3TA señala que la afectación de los sitios 3 y 4 generó un riesgo de deslizamiento de tierra, lo cierto es que transcurrido largo tiempo desde la intervención el riesgo no se ha verificado, así como tampoco respecto a los demás lugares afectados, toda vez que todos los lugares han recuperado o están recuperando sus propiedades originales por el solo transcurso del tiempo.

Lo anterior consta en el informe elaborado por la consultora ambiental Giro Verde en enero de 2023, que contiene registros fotográficos mediante dron de los distintos sectores y los avances en el proceso de recuperación parcial de uno de los sectores y la recuperación total de dos de ellos.

Además, el referido informe acredita que los riesgos de erosión de los sectores afectados han disminuido sustancialmente o desaparecido del todo producto del proceso de revegetación natural.

En consecuencia, a partir de los antecedentes expuestos podemos concluir que:

- a) El riesgo ocasionado no es significativo ni relevante, por cuanto no se ha verificado a pesar del transcurso del tiempo y no haberse implementado aún ninguna de las medidas que se contemplaban en el PdC. Una vez que estas se desarrollen dicho riesgo pasará de ser bajo a inexistente.
- b) El daño ocasionado tampoco es significativo ni relevante conforme lo expuesto en el informe acompañado con ocasión del PdC y que fue aceptado en el marco de ese procedimiento por esta Superintendencia. Lo anterior, porque no se afectaron

ninguno de los objetos de protección del SPC Río Maullín y el bosque nativo afectado será reforestado conforme el plan aprobado por CONAF en el marco del procedimiento sancionatorio que lleva a cabo ante el Juzgado de Policía Local de Llanquihue.

- c) El daño ambiental ocasionado es reparable por cuanto varias las zonas afectadas de propiedad de mi representada han recuperado total o parcialmente sus propiedades originales y el bosque afectado será reforestado.
- d) No se han afectado sustancialmente recursos naturales y/o servicio ecosistémico.
- e) Si bien se generó una intervención en el Sitio Prioritario RM, no se afectaron sus objetos de protección por lo que la afectación no es relevante.;
- f) No se afectaron sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.
- g) No se afectaron especies en categoría de conservación.

Por tanto, y en mérito de lo expuesto, no se configura la circunstancia agravante de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

2. Se ha configurado la circunstancia atenuante de la letra d) del artículo 40 de la Ley 20.417, sobre la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma

Mi representada ha actuado en todo momento de buena fe, y no tuvo la intención de afectar el Sitio Prioritario RM, cuya existencia no tenía cómo conocer ya que nunca fue publicado en el Diario Oficial y cuenta con límites difusos. Asimismo, desde que tomó conocimiento de los hechos, ha colaborado constantemente con el procedimiento.

En este sentido, del análisis del expediente, resulta evidente que mi representada no tuvo intencionalidad de cometer infracción alguna, ni de afectar aquella parte relevante ambientalmente del Río Maullín. Prueba de aquello, es que mi representada no tenía contemplado vender los lotes correspondientes al sector bajo y el objeto del camino era el desalojo de la toma ilegal ahí existente.

De la misma manera, mi representada contestó en tiempo y forma los requerimientos de información realizados por la Superintendencia y, en términos generales, desde que tomó conocimiento de los hechos denunciados, tomó una serie de medidas que puso posteriormente en conocimiento de esta Superintendencia, solicitando una reunión de asistencia al cumplimiento y presentando el PdC que, si bien inicialmente fue aprobado, finalmente se rechazó producto de la solicitud de exigencias imposibles de cumplir a partir de lo resuelto en la Sentencia 3TA.

Por tanto, a nuestro juicio se configura la circunstancia atenuante de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA.

3. Se ha configurado la circunstancia atenuante de la letra e) del artículo 40 de la Ley 20.417, sobre la conducta anterior del infractor

En relación con esta circunstancia, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado “*Que, en lo referente a la conducta anterior del infractor, es este un aspecto referido al comportamiento o disposición al cumplimiento de la normativa ambiental por parte del contraventor, debiendo ser sancionado con mayor rigidez aquellos que presentan un amplio historial de incumplimiento ambiental, y, por el contrario, incentivar a quienes han cumplido la ley y han mantenido una conducta anterior irreprochable.*”²⁸

Como consta en el registro de sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente²⁹, la Empresa no ha sido objeto de sanciones por parte de la Superintendencia.

En este orden de ideas, las Bases Metodológicas establece que se entiende que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior, cuando **no está** dentro de algunas de las siguientes situaciones:

1. El infractor ha tenido una conducta anterior negativa.
2. La unidad fiscalizable obtuvo la aprobación de un PdC en un procedimiento sancionatorio anterior.
3. La unidad fiscalizable acreditó haber subsanado un incumplimiento a una exigencia normativa en corrección temprana, cuyo incumplimiento fue constatado nuevamente en una fiscalización posterior.
4. Los antecedentes disponibles permiten sostener que la exigencia cuyo incumplimiento es imputado en el procedimiento sancionatorio actual ha sido incumplida en el pasado de manera reiterada o continuada.

Pues bien, mi representada, no está en ninguna de las situaciones descritas y por tanto, se configura la circunstancia atenuante de la letra e) del artículo 40 de la LOSMA.

4. Se han configurado otras circunstancias atenuantes, de conformidad a la letra i) del artículo 40 de la Ley 20.417

Además, de las diversas circunstancias atenuantes que se configuran según lo expuesto previamente, también se configura la circunstancia de “Cooperación eficaz con la investigación y/o el procedimiento” porque como bien se explicó mi representada puso a disposición de la autoridad la información requerida, solo ejecutó las obras indispensables y accedió a presentar el PdC que cumplía con lo exigido por la SMA, pero sin embargo se dejó sin efecto por sentencia judicial.

²⁸ Corte Suprema, Rol N° 24.422-2016, considerando decimoséptimo.

²⁹ <https://snifa.sma.gob.cl/RegistroPublico>

POR TANTO,

AL SEÑOR FISCAL (S) DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, RESPETUOSAMENTE SOLICITO: Tener por evacuado descargos en procedimiento sancionatorio expediente Rol D-092-2021, resolviendo absolver a la Empresa o, en subsidio, aplicar amonestación por escrito o la multa mínima establecida en la Ley, en consideración de las circunstancias atenuantes que se configuran en el presente caso.

OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la LOSMA, solicito la realización de las siguientes diligencias probatorias que permitirán demostrar los argumentos y fundamentos invocado en estos descargos:

1. Oficiar al Gobierno Regional de la Región de Los Lagos para que remita los siguientes antecedentes:
 - a. Acuerdo del Gobierno Regional de Los Lagos por el cual se pronuncia favorablemente sobre la Estrategia Regional de Biodiversidad de la Región de Los Lagos del 2002.
 - b. Resolución o acto administrativo que aprueba el acuerdo del Gobierno Regional de los Lagos sobre la Estrategia Regional de Biodiversidad de la Región de los Lagos del 2002.
 - c. Resolución o acto administrativo del Gobierno Regional de Los Lagos que aprueba la Cartografía Oficial del Sitio Prioritario para la Conservación Humedal Río Maullín.
 - d. Publicación en el Diario Oficial de la Resolución o acto administrativo que aprueba el acuerdo del Gobierno Regional de los Lagos sobre la Estrategia Regional de Biodiversidad de la Región de los Lagos del 2002.
 - e. Publicación en el Diario Oficial de la Resolución o acto administrativo del Gobierno Regional de Los Lagos que aprueba la Cartografía Oficial del Sitio Prioritario para la Conservación Humedal Río Maullín.
2. Oficiar al Ministerio del Medio Ambiente para que remita los siguientes antecedentes:
 - a. Resolución aprobatoria del Acuerdo N° 242/2003, del 11 de diciembre de 2003 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (“CONAMA”) de la “Estrategia para la Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad”.
 - b. Publicación en el Diario Oficial de la resolución aprobatoria del Acuerdo N° 242/2003, del 11 de diciembre de 2003 del Consejo Directivo de la

Comisión Nacional del Medio Ambiente (“CONAMA”) de la “Estrategia para la Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad”.

- c. Resolución o acto administrativo que declara el Humedal Río Maullín como Sitio Prioritario para la Conservación, copia de su publicación en el Diario Oficial, copia de su Cartografía Oficial y de su resolución aprobatoria.
3. Oficiar a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental para que remita los siguientes antecedentes:
- a. Copia de la Publicación en el Diario Oficial del Instructivo contenido en el Oficio de la Dirección Ejecutiva N°103008, del 28 de septiembre de 2010, de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, que “Imparte instrucciones sobre sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad”.
 - b. Copia de la Publicación en el Diario Oficial del Instructivo contenido en el Oficio de la Dirección Ejecutiva N°100143, del 15 de noviembre del 2010, que establece los "Sitios prioritarios para la conservación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.
 - c. Copia de la Publicación en el Diario Oficial del Instructivo contenido en el Oficio de la Dirección Ejecutiva N°130844, del 22 de mayo de 2013, que “Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, e instruye sobre la materia”.
 - d. Copia de la Publicación en el Diario Oficial del Instructivo contenido en el Oficio de la Dirección Ejecutiva N°161081, de fecha 17 de agosto de 2016, que “Complementa Oficio D.E. N° 130844, de fecha 22 de mayo de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que “Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del Sistema de Evaluación Ambiental, e instruye sobre la materia”.
 - e. Copia de la Publicación en el Diario Oficial del Instructivo contenido en el Oficio de la Dirección Ejecutiva N°202099102647, de fecha 12 de Noviembre de 2020, “Oficio D.E. N° 161081 de fecha 17 de agosto de 2016, de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental que, a su vez, complementa el Oficio D.E. N°130844 de 22 de mayo de 2013 que, "Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, e instruye sobre la materia".
 - f. Copia de la Publicación en el Diario Oficial del Instructivo contenido en el

Oficio de la Dirección Ejecutiva N°20229910238, de fecha 17 de enero de 2022, que “Imparte instrucciones en relación a la aplicación de los literales p) y s) del artículo 10 de la Ley N°19.300”.

Francisco Javier Rivadeneira Domínguez

pp. Alto Maullín SpA