

EN LOS PRINCIPAL: Deduce recurso de reposición; **EN EL PRIMER OTROSI:** Subsidiariamente, deduce recurso jerárquico; **EN EL TERCER OTROSI:** Acompaña documentos;

DIVISION SANCION Y CUMPLIMIENRO
SUPERINTENDENTE DE MEDIO AMBIENTE

Daniel Benoit Marchetti, abogado en procedimiento sancionatorio ambiental Rol: **D-136-2020** seguido en contra de **ESTABLECIMIENTOS TURISMO AQUELARRE LIMITADA** con respeto digo:

El 26 de noviembre nos fue notificada la Resol Exenta N 5/D-136 de igual fecha de esta Superintendencia que rechaza el Programa de Cumplimiento (en adelante PDC) presentado por mi representada en tiempo y forma.

Que estando dentro de plazo, vengo en presentar recursos reposición en virtud del art 59 de la ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, en contra de la Resol Exenta N 5/ D-136-2020 , solicitando se deje sin efecto y que el PDC de mi representada, o bien se formulen observaciones de fondo, en base a los antecedentes de hecho y Derecho que paso a exponer:

I. Ley Orgánica de Superintendencia de Medio Ambiente

La Ley que los rige establece en sus artículos 41, 42 y 43 los siguientes instrumentos:

- a) La Autodenuncia
- b) El Programa de Cumplimiento
- c) El Plan de reparación.

En el caso de la autodenuncia, encuentra su origen en prácticas que resultaron favorable y propicios a los incentivos al cumplimiento de la ley De Defensa de la Libre Competencia frente a transgresiones que atentasen contra el libre mercado.

En el caso que nos convoca, la LOSMA favorece a quien se autodenuncia y presenta un PDC que, una vez aprobado, lo exime del pago de la multa la primera vez y también regula las reincidencias.

En relación con el Programa de cumplimiento, el art 42 enumera de manera taxativa las causales que impiden presentar un PDC, ninguna de las cuales nos es aplicable, lo que fue reconocido por la Fiscal instructora en el considerando 29 de la Resolución Recurrída.

Asimismo, el Reglamento sobre Programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación contenido en el D. S 30 / MMa D. OF 11/02/2013, señala en su art 1.: *“Alcance. La autodenuncia se regirá por el art 41 de la ley y las disposiciones del presente reglamento. El programa de cumplimiento de la normativa ambiental y el plan de reparación del daño ambiental se regirán por los art. 42 y 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia y por el presente Reglamento”*

En su art. 6 se vuelve a referir siguiendo un criterio de “*numerus clausus*” de tan solo tres situaciones respecto de las cuales se rechazará de plano la presentación de un PDC como lo señalado en párrafos precedentes.

En este orden de ideas, es inexcusable tener presente que las normas de orden público son de Derecho Estricto y no aceptan interpretaciones, ya que teleológicamente están dirigidas a la obtención del Bien Común a diferencia de las normas de Derecho Privado que admiten interpretaciones o exegesis fructífera. Consecuentemente, en Derecho Público especialmente en Derecho Público Sancionador, es solo dable tener una interpretación restringida que se acota a que se hace lo que está permitido, sin violentar o rebasar la exigencia de juridicidad de la Carta Magna en su art 7 que desarrolla in extenso el **Principio de la Juridicidad** según el cual *“los órganos del estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”* para terminar señalando tajantemente que *“todo acto en contravención a este artículo es nulo y originara las responsabilidades y sanciones que la ley señale”*

II. Mecanismos de incentivo al cumplimiento

Los mecanismos de incentivo tienen por finalidad la conservación del Patrimonio Ambiental Nacional y la protección de los Recursos Naturales, especialmente los renovables. Es por esa situación que resulta importante relevar los instrumentos adscritos a su consecución:

Autodenuncia

Su finalidad es primeramente la toma de conciencia respecto de la vulneración de normativas de protección ambiental y conforme a lo dispuesto por el legislador, aprobado que sea el PDC y enteramente cumplido beneficiara al infractor con la eximición de la multa.

Todo lo anterior opera sobre la base de la entrega a la Autoridad de información “verídica”, “precisa” y “comprobable” respecto de sus hechos, actos u omisiones que constituyan infracción y de termino a los actos hechos u omisiones, adoptando las medidas necesarias para reducir o eliminar los efectos negativos ¹

Ni el legislador en la Ley Orgánica del Servicio ni en su implementación posterior través a través del necesario Reglamento, aluden a daños, sino que simplemente se exige hacer cesar efectos perjudiciales a contar de la Autodenuncia

Programa de cumplimiento

Como incentivo al cumplimiento que es, procura que se adopten medidas conducentes a resguardar y/o proteger el patrimonio ambiental y recursos naturales renovables.

Conforme a lo anterior, se detalla su contenido y existe de un humedal urbano no reconocido oficialmente² y además ofrecimos ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para mitigar compensar o reparar los impactos negativos que los distintos Servicios Públicos con competencias ambientales hubiesen formulados.

Plan de reparación

Se encuentra regulados en el art 43 de la LO-SMA y señala que, sin perjuicio de las sanciones administrativas, notificada que sea el Dictamen del Superintendente imponiendo una o más sanciones, el infractor “puede presentar voluntariamente” ante ella una propuesta de Plan de reparación avalada por estudio técnico ambiental, debiendo él Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) pronunciarse sobre los aspectos técnicos del plan que el infractor **deberá implementar a su costo**. Además, el artículo en su parte final dispone que *“si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental “*

¹ D. S 30 /MMA, Art 13.

²

De los diversos instrumentos que dispuso el legislador favoreciendo el cumplimiento resulta consistente resaltar, que tanto la autodenuncia como el Programa de cumplimiento hayan su fundamento y justificación en acometer acciones mensurables y verificables que dan cuenta de que el infractor se hace cargo de sus externalidades o impactos negativos y, por tanto, la SMA certificará su cumplimiento eximiendo la aplicación de multas, porque sería inconducente e inoficioso además aplicar una multa. Sin embargo, respecto del Plan de Reparación considera una doble carga que no cuenta con justificación ambiental por las siguientes consideraciones:

- 1.- Porque el Estado habrá recaudado el valor de la multa al quinto día de notificada sin que el infractor pueda reclamar de su validez y monto ante el Tribunal Ambiental renunciando a ello;
- 2.- Porque con el dinero recaudado por Tesorería no ira directamente al financiamiento de los servicios ecosistémicos afectado por los presuntos daños ambientales.
- 3.- Porque el contenido del Plan se asemeja al contenido exigido para el ingreso a evaluación de una DIA o EIA en el SEA donde puede existir participación e involucramiento ciudadano³.

En este orden de ideas, respecto de los contenidos del Plan de Reparación (PDR), no se divisan diferencias de fondo de este con los de los documentos que tradicionalmente son evaluados en SEA tales como Estudios o Declaraciones de Impacto Ambiental (EIA o DIA) que además son evaluaciones preventivas. En efecto, y a modo ilustrativo realizamos a continuación un paralelo entre PDR y EIA /DIA:

Los literales a) y b) son idénticos a exigidos en los literales C.1 y C.2 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA).

c) Descripción del daño ambiental causado, en concordancia con la resolución que haya puesto término al procedimiento administrativo sancionatorio respectivo. El contenido de este literal es asimilable, al literal f) del Artículo 18 del RSEIA, que consiste en *“la identificación y estimación o cuantificación de las alteraciones directas e indirectas a los elementos del medio ambiente descritos en la línea de base, derivadas de la ejecución o modificación del proyecto o actividad para cada una de sus fases”*, lo cual se denomina en este caso como Evaluación del Impacto Ambiental del Proyecto, ya que prevé un impacto, que en otras palabras puede asimilarse a “daño ambiental”.

d) Descripción del sitio o lugar en el cual se implementarán cada una de las medidas propuestas, así como el área de influencia de estas últimas, incluyendo, de ser

³ Art 26 inciso antepenúltimo.

procedente, información de las características del área con anterioridad al daño causado. Este literal es asimilable al literal y) del Artículo 18 del RSEIA, que consiste en *“La determinación y justificación del área de influencia del proyecto o actividad, incluyendo una descripción general de la misma”*

e) Descripción de los objetivos generales y específicos de la reparación propuesta. Este literal es complementario a los siguientes f-i y todos estos son asimilables al literal i) del Artículo 18 del RSEIA, que establece *“un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación que describirá y justificará las medidas que se adoptarán para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos del proyecto o actividad”*.

f) Descripción de las medidas de contención que se han adoptado y las que se proponen para controlar el daño ambiental causado.

g) Descripción de las medidas de reparación que se proponen, y la forma, lugar y plazo en que se implementarán.

h) Descripción de los potenciales efectos asociados a la implementación de las medidas de reparación, así como las medidas para hacerse cargo de ellos, si correspondiere.

i) Cronograma que contenga los plazos para alcanzar los objetivos, la implementación de las medidas y de su seguimiento.

j) Programa de seguimiento de las medidas propuestas y de las variables ambientales relevantes, incluyendo indicadores y reportes periódicos, entre otros instrumentos que permitan verificar la ejecución y eficacia de las medidas. Este literal es asimilable al literal k del Artículo 18 del RSEIA, que establece *“Un Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales relevantes”*.

k) Descripción de la forma de cumplimiento de la normativa ambiental aplicable a las medidas, incluyendo las acciones que involucren. Este literal es asimilable al literal l del Artículo 18 del RSEIA, que establece *“El plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable”*.

l) Indicación de los permisos o pronunciamientos de carácter sectorial que se requieran para la implementación de cada una de las medidas propuestas. Este literal es parte de lo indicado en el literal l del Artículo 18 del RSEIA.

m) Un estudio técnico ambiental que lo avale, que incluirá la referencia de todos los documentos de carácter científico, técnico o legal, que se han utilizado para la definición del plan de reparación y la elaboración del estudio técnico ambiental. Este literal es parte

de lo indicado en el literal p del Artículo 18 del RSEIA, que establece *“Un apéndice del Estudio de Impacto Ambiental que incluirá, según corresponda, toda la información documentada que sirva de apoyo para la comprensión del Estudio, ordenada en forma de anexos”*.

n) El listado de los nombres de las personas que participaron en la elaboración del estudio técnico ambiental, incluyendo sus profesiones e indicando las funciones y tareas específicas que desarrollaron. Este literal es parte de lo indicado en el literal p.2) del Artículo 18 del RSEIA.

Por otra parte, en lo relativo al procedimiento de aprobación del PDR, al igual que en el caso de un EIA, tras evaluar que cumpla con los contenidos mínimos (admisibilidad), pasa a ser evaluada por el mismo Servicio de Evaluación Ambiental respectivo (SEA) con consulta a los OECAS, y además en ambos casos se considera una instancia de participación ciudadana como se expuso en párrafos anteriores.

En síntesis, se puede establecer de manera objetiva que **un PDR es una versión abreviada de un EIA o DIA, pero técnicamente de menor jerarquía**, y por lo tanto se puede presumir que para el caso de proyectos ya ejecutados y por lo tanto, los impactos ambientales, ya transformado en “daño ambiental”, la evaluación de dichos impactos y la prescripción técnica de medidas hasta la resolución de calificación ambiental, en el caso de EIA o DIA o Informe Técnico favorable en el caso de PDR, tendrá un mayor fundamento y por lo tanto más veraz, mediante el instrumento contemplado en el literal g) del Artículo 2 del RSEIA.

En este sentido, llama la atención que habiendo presentado un PDC que propone la acción de ingresar al SEIA, haciéndose cargo de sus impactos o externalidades, este haya sido rechazado, sin siquiera haber sido evaluado técnicamente.

Por otra parte, llama la atención que la descripción del daño ambiental de un PDC sea según el literal c) del Artículo 19 del DS N° 30/2013, *“en concordancia con la resolución que haya puesto término al procedimiento administrativo sancionatorio respectivo”*, considerando que la entidad que identifica evalúa y juzga el daño ambiental es la misma SMA.

En este caso, la SMA levantó evidencia y evaluó el daño ambiental como irreparable, calificando la infracción de gravísima, base sobre la cual se rechaza el PDC, lo cual constituye un total contrasentido, toda vez que los métodos utilizados para levantar dicha evidencia son técnicamente cuestionables y por lo tanto debiesen admitir prueba en contrario.

En último término, se hace necesario revisar si es este un incentivo eficaz para el cumplimiento, teniendo en cuenta que además del pago de una multa se deberá acometer medidas de protección o corrección muchas veces equivalentes a lo que ocurre en materia forestal, donde por ejemplo se premia a quien enmienda la vulneración normativa ejecutando plantaciones mediante la absolución de la sanción pecuniaria como tuvimos oportunidad de informarlo en los descargos a los cargos presentados el 20 de septiembre de 2020

III. Fundamentos del rechazo y sana critica

La resolución recurrida discurre sobre considerandos que vale la pena transcribir, entre ellos el considerando 21 que transcribe el art 42 de la LOSMA que a su vez reproduce textual el art 6 de del Reglamento sobre incentivos al cumplimiento, que detalla las situaciones que impiden a presentar un PDC. Llama la atención a través del Considerando 29 la Autoridad Ambiental reconozca *“... que TURISMO AQUELARRE LTDA no adolece de ninguno de los impedimentos para presentar un Programa de Cumplimiento...”*

Por su parte, vuele a llamar la atención que se recurra al art 22 del Código Civil para fundamentar sin precisión o motivación alguna, por qué se recurre como criterios exegéticos o la situación fáctica que permite hacer una interpretación sistemática entre que normas y cuales otras, su respectiva jerarquía normativa, siguiendo una línea argumentativa clara y definida como cualquier acto administrativo tramite.

En este mismo sentido y teniendo en claro que la responsabilidad sea ésta administrativa o civil se apoya necesariamente en el Principio de la Bilateralidad de la Audiencia- dónde solo se llega a demostrar la culpabilidad o inocencia después de un proceso legalmente tramitado- se da por acreditado el daño ambiental, **sin que existan pericias o informes de profesionales que hayan depuesto en el proceso sancionatorio con solo un informe de fiscalización con pruebas que deben ser ponderadas en su mérito de acuerdo con las reglas de la sana critica.** A su vez, no percibo la fundamentación categórica ni menos concluyente como para definir que el daño ambiental sea irreparable o reparable. Mi experiencia profesional en sede judicial es que la mayor parte de los daños son reparables y por ello es que el **Consejo de Defensa del Estado** – titular de la Acción Ambiental y según el caso de la acción indemnizatoria- viene demandando desde 1998 los daños de significancia ambiental logrando transacciones que como equivalentes jurisdicciones han permitido proteger y resguardar los recursos naturales, incluso en contaminaciones marinas, lo que tendremos oportunidad de acreditar oportuna y suficientemente.

Conclusión:

Como se ha expuesto latamente en el cuerpo del escrito el PDC no tiene impedimentos legales ni reglamentarios para su presentación y aprobación haciéndose cargo de los impactos generados por mi representada y ofreciendo medidas de mitigación y compensación adecuadas además de ofrecer la evaluación ambiental de toda clase de impactos que viene a ser un equivalente de mayor peso y consistencia que el Plan de reparación.

En este mismo orden de idea, es fundamental tener en cuenta que este procedimiento sancionatorio ambiental se inició por la vía formal de denuncias ciudadanas que luego de una investigación formal ha dado origen a la formulación de cargo, sin excluir la posibilidad que mi representada presente un PDC como lo reconoce la Resolución recurrida. Sin embargo, carece de sustento jurídicos para concluir en este nivel preliminar que los daños ambientales son irreversibles y por consiguiente considerar que no procede evaluar el PDC presentado en tiempo y forma

Finalmente, si a juicio de esta Superintendencia no fuese posible aprobar directamente este PDC, estamos abiertos a subsanar y corregir puntos que requieran mayor precisión, lo que consideramos viable mediante reconsideración de la resolución impugnada, dictando una nueva que las formule y guie a mi representada en la vía de este instrumento como incentivo al cumplimiento, que siempre será preferible a una sanción pecuniaria que, aun teniendo título ejecutivo para asegurar su cumplimiento, puede prescribir si Tesorerías⁴ no ejerce su cobro oportuno, perjudicando el rol indelegable de Proteger el medio ambiente y conservar el Patrimonio Ambiental.

Por tanto, se solicita a Ud. tener por interpuesto el presente recurso de reposición en tiempo y forma, y en definitivas acogerlo, dejando sin efecto la Resolución Exenta N 5/D 136-2020 y en su reemplazo dictar una nueva resolución que apruebe el Programa de Cumplimiento, o en su defecto se formulen observaciones generales y específicas al PDC presentado el pasado 11 de noviembre.

PRIMER OTROSI: subsidiariamente, el supuesto del rechazo del recurso de reposición deducido en lo principal de este escrito, solicito a Ud. tener por deducido jerárquico en contra resolución exenta N 5/D136-2020, en virtud del artículo 59 de la Ley 19.880, dando

⁴ Ver procedimiento sancionatorio seguido en contra de infractor <https://snifa.sma.gob.cl/RegistroPublico/Ficha/23>

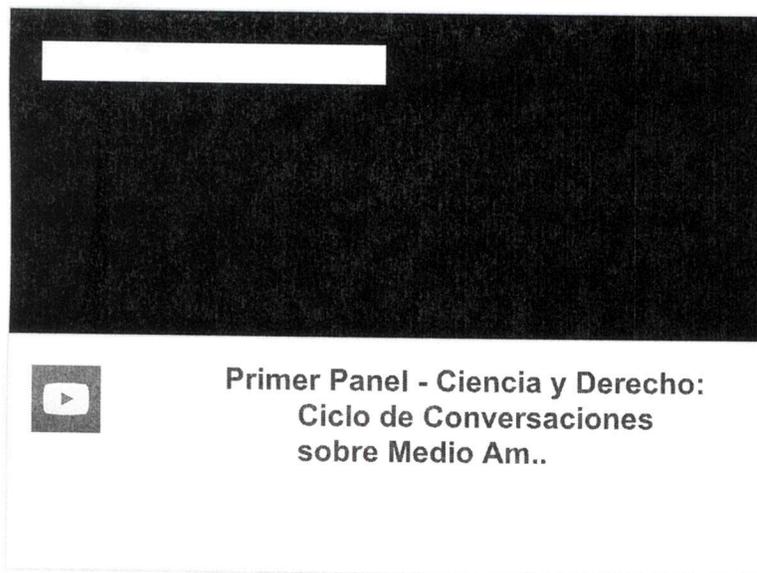
por reproducidos los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en lo principal de este escrito, y en definitivas acogerlo en los términos señalados en el acápite anterior.

SEGUNDO OTROSI: Solicito a Ud., decretar desde ya, y entretanto se analiza y da curso a la solicitud de recurso planteado y eventual jerárquico, la suspensión de los efectos de la resolución recurrida a contar del 26 de noviembre, fecha de su notificación a esta parte. Lo anterior en virtud de lo dispuesto en el art 57 de la Ley 19.880, y justificado en que la tramitación conjunta de los descargos resulta incompatible con lo que en definitivas se decida respecto del recurso reposición y jerárquico subsidiario que se presentan en lo principal y primer otrosí de esta presentación.

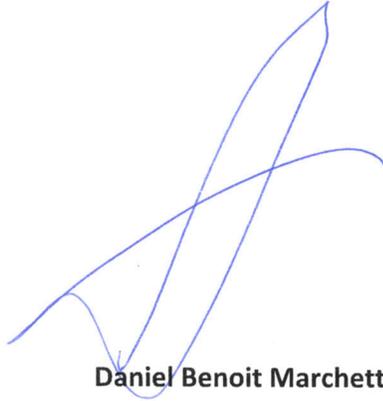
TERCER OTROSI: Sírvase tener por acompañado el siguiente documento

- **Video del Tercer Tribunal Ambiental que refiere sobre la dificultad de probar la significancia del Daño Ambiental**

Primer Panel - Ciencia y Derecho: Ciclo de Conversaciones sobre Medio Ambiente



<https://www.youtube.com/watch?v=PSjsyLxsZcg>

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and curves, positioned above the printed name.

Daniel Benoit Marchetti

SOCIEDAD DE ESTBLECIMIENTOS DE TURISMO AQUELARRE LTDA

pp

MAT: Cumple lo ordenado

ANT. Res Exenta N 6/D136-2020,

de 30 de noviembre de 2020, de la SMA

1) Presenta Programa de Cumplimiento y sus anexos

REF: Expediente sancionatorio Rol 136-2020

ANT: Resol E N1/ Rol D 136-2020

Santiago, 2 de diciembre de 2020

Señora

Bernardita Larraín Raglianti

Fiscal Instructora

División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia de Medio Ambiente

PRESENTE

DANIEL BENOIT MARCHETTI, en representación de Sociedad de **Establecimientos de Turismo Aquelarre Limitada**, ambos domiciliados para estos efectos en calle Monjitas 527 Of 613, Santiago Centro, Región Metropolitana, en el marco del proceso sancionatorio Rol D 136-2020, en vengo en dar respuesta lo indicado el resuelvo I de la resolución de antecedentes, en orden a exponer la pertinencia y conducencia de la diligencia probatoria relativa a la prueba testimonial solicitada en el primer otrosí de la presentación de descargos de fecha 19 de noviembre de 2020.

En dicho estudio, se considera esencial que dicho profesional experto (Arqueólogo) precisa el contexto y detalles que motivan su informe, para lo cual aportará una declaración que versará acerca de las siguientes materias:

- 1.- extensión y magnitud del daño ambiental provocado al componente cultural
- 2.- valor cultura del daño ambiental y su significancia cualitativa y cuantitativa
- 3.- Marco teórico y metodología necesaria para recomponerlo
- 4.- Reparabilidad específica del daño ambiental atribuido a Establecimientos de Turismo Aquelarre Ltda.
- 5.- factores de vulnerabilidad una vez reparado daño.

Por tanto, solicito a Usted tener por cumplido lo ordenado en el resuelvo I de la Res exenta N 6/D-136-2020, autorizando la prueba testimonial por mi representada en el primer otrosí de los descargos de fecha 19 de noviembre de 2020.

Sin otro particular se despide atentamente,



Daniel Benoit Marchetti

Sociedad de Establecimientos de Turismo Aquelarre Limitada
P. P