

EN LO PRINCIPAL: Deduce reclamación de ilegalidad; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Señala forma de notificación que indica; **TERCER OTROSÍ:** Acredita personería; **CUARTO OTROSÍ:** Se tenga presente.

ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

PATRICIO CANALES HERTRAMPF, cédula de identidad N° 14.107.871-2, abogado, en representación, según se acreditará, de **GAVINA HOTEL LIMITADA**, sociedad del giro de su denominación, R.U.T. N°96.664.060-K, para estos efectos ambos con domicilio en Avenida Arturo Prat N°1497, comuna de Iquique, Región de Tarapacá; respetuosamente digo:

Que por este acto; en virtud de lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO - SMA), y 17 N°3 y 18 N°3, de la Ley N°20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, y en razón de los argumentos de hecho y de Derecho que hago valer más abajo; vengo en deducir reclamación por ilegalidad contra la Resolución **Exenta SMA N°992/2020**, dictada por el señor Superintendente del Medio Ambiente, Cristóbal de la Maza, en su calidad de Jefe y representante de la Superintendencia del Medio Ambiente, R.U.T. N°61.979.950-K, **con fecha 12 de junio de 2020**, en el marco del Proceso Administrativo Sancionatorio ROL D - 156 - 2019.

Solicitamos a este Tribunal Ambiental se sirva tener por presentada la reclamación, y en su mérito y conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Tribunales Ambientales (en adelante LTA) acogerla, declarar la ilegalidad de la R.E. número 992/2020, y disponer su anulación total o parcial, todo ello conforme a los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho que a continuación se expondrán de la siguiente forma:

I.	ASPECTOS PRELIMINARES: DEL TRIBUNAL AMBIENTAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RECLAMACIÓN.		
II.	ASPECTOS PRELIMINARES: DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y DEL PLAZO PARA PRESENTAR RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE.		
III.	DE LA RECLAMACIÓN PROPIAMENTE TAL.	a) ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS	
		b) RESOLUCIÓN ILEGAL IMPUGNADA	
		c) ACTA FUNDANTE VICIADA DE ILEGALIDAD	
		d) INFORME DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL	
		e) OTRAS IRREGULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO	

	f) APRECIACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LA SANA CRÍTICA	
	g) PETICIÓN SUBSIDIARIA	Respecto de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA aplicables a la infracción impuesta por la SMA
		Sobre la circunstancia del “número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción”, del artículo 40, letra b)
		Sobre la circunstancia de “La capacidad económica del infractor”, del artículo 40 letra f), y la falta de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción
		Sobre “todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”, del artículo 40 letra i), en específico el factor de incremento de la sanción denominado “falta de cooperación”

I. ASPECTOS PRELIMINARES: DEL TRIBUNAL AMBIENTAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RECLAMACIÓN.

El artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo segundo de la Ley N°20.417 (en adelante, LO - SMA), permite a los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, reclamen de las mismas, ante el Tribunal Ambiental competente.

En el mismo sentido, la referida LTA prescribe en su artículo 17 N°3 que estos organismos jurisdiccionales serán competente para: *"3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción."*

Luego, considerando que los hechos que motivaron la instrucción del proceso sancionatorio tuvieron lugar en la comuna de Iquique, Región de Tarapacá, y que el artículo 5°, literal a) de la LTA, establece que el Primer Tribunal Ambiental cuenta con competencia territorial en la mencionada Región, concluimos que **SS. ILUSTRE** posee jurisdicción y competencia para conocer de la presente reclamación de ilegalidad.

II. ASPECTOS PREMILINARES: DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y DEL PLAZO PARA PRESENTAR RECLAMACION DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE.

Respecto de la legitimación activa, el artículo 56, inciso primero, de la LO - SMA, prescribe: *“Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”*.

De esta manera, la referida norma legal nos habilita como regulados, supuestos infractores y afectados para comparecer ante **SS. ILUSTRE** y reclamar la Resolución Exenta N°992/2020, recaída en el Proceso Administrativo Sancionatorio ROL D - 156 - 2019 en razón de su ilegalidad manifiesta, y habida cuenta del hecho que mediante ella se nos impone una sanción de multa de 84 Unidades Tributarias Anuales, en razón de una supuesta infracción ambiental que se nos atribuye sin satisfacer las más mínimas exigencias legales y de lógica formal.

Respecto al plazo -y no obstante un hecho del mes de septiembre de 2018 diera origen al respectivo proceso administrativo -y como es público y notorio-, en octubre de 2019 se produjera el denominado “estallido social”, durante el mismo mes se declarara estado de excepción constitucional de emergencia, en enero del año en curso la Organización Mundial de la Salud calificara como una pandemia global la situación de COVID 19, en marzo de 2020 se declarara estado de excepción constitucional por calamidad pública en el territorio de Chile y la SMA decretara las suspensiones que constan en el expediente-; la resolución reclamada **habría sido dictada en el mes de junio del año en curso y, como se desprende de documento acompañado en otrosí, nos fue efectivamente notificada a nosotros recién a mediados de noviembre.**

Vale decir, **tomamos conocimiento del acto administrativo que se reclama más de 5 meses después de su dictación, sin figurar él tampoco en el expediente aparejado al proceso en el SNIFA, como se acredita con documento notarial también acompañado en otrosí.**

Luego, habiéndonos sido efectivamente notificada la resolución reclamada recién con fecha 18 de noviembre -tal como se desprende de documento de Correos de Chile acompañado en otrosí-, nos encontramos dentro del plazo legal de 15 días hábiles que establece el artículo 56 de la LO - SMA para reclamar ante la judicatura ambiental especializada.

Lo anterior, habida cuenta de que la presunción de conocimiento o de notificación de cartas certificadas que contiene el artículo 46 de la Ley N°19.880, **es de naturaleza relativa, iuris tantum** o simplemente legal, y que tal como lo ha interpretado la Tercera Sala de la Corte

Suprema en forma unánime (*inter alia* en casaciones ROL 7.359/2018, impugnatorias de sentencia dictada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental): “(...) la citada presunción trata de las notificaciones efectuadas por medio de carta certificada cuya fecha de entrega se desconoce, motivo por el cual le legislador establece, de manera previa y explícita, un modo objetivo de establecer el día en que se efectuó la notificación de que se trata, proceder con el que se pretende eliminar la incertidumbre derivada de tal desconocimiento, otorgando de este modo a las partes una mínima seguridad en torno a la contabilización de los plazos dentro de los que pueden ejercer sus derechos”...“en esas condiciones, forzoso es concluir que la presunción simplemente legal en comento ha resultado vencida, pues existe certeza en cuanto a la fecha en que la notificación se practicó (...)”.

III. DE LA RECLAMACIÓN PROPIAMENTE TAL:

a) ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS

El procedimiento administrativo sancionatorio contra mi representada tuvo lugar luego de cartas de aviso, y en razón de la denuncia de una persona con domicilio en Avenida Arturo Prat N°430, departamento 1701, comuna de Iquique. Denuncia que provocó que un funcionario de la Superintendencia del Medio Ambiente concurre a las dependencias del Hotel y al domicilio referido, y procediera a llevar a **dos actividades de fiscalización ambiental: un esbozo de inspección ambiental y una medición de ruido, ambas durante la noche del día viernes 07 de septiembre de 2018 y la madrugada del día 08 del mismo mes y año, dando cuenta, finalmente, de una supuesta de excedencia de 23 decibeles en atención al límite tolerado en el área de ubicación del receptor.**

Con fecha **28 de octubre de 2019**, la SMA procedió a formular un **cargo** por infracción ambiental grave a la empresa que represento en estos autos, por la supuesta infracción del D.S. N°38/2011, del Ministerio del Medio Ambiente, siéndonos notificada la formulación del cargo de la Resolución Exenta N°1/ROL D - 156 - 2019, con fecha 05 de noviembre de 2019, dándose inicio así a un proceso administrativo sancionatorio.

Posteriormente, los días 23 y 30 de marzo, y 7 de abril del año en curso (2020), la SMA dispuso la suspensión genérica de los procesos sancionatorios abiertos a la fecha, en atención al contexto dado por la pandemia de COVID 19.

Luego, con fecha 29 de mayo de 2020, se habría evacuado por el Fiscal Instructor un memorándum en el proceso que contenía el **Dictamen N°49/2020**, del cual, por cierto, nos vinimos a enterar recientemente, toda vez que **no nos ha sido notificado** ni se encuentra cargado a la fecha en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, SNIFA

(como se acredita con documento acompañado en otrosí). Memorándum en que, por cierto, el Fiscal habría sugerido al señor Superintendente recalificar o reclasificar el cargo formulado, de grave a leve.

Más recientemente, y después de muchos meses sin tener novedad alguna del proceso administrativo, y considerando que en SNIFA el último acto administrativo cargado por la institución fiscalizadora es la Resolución Exenta N°575/2020, de mayo de 2020 (mediante la cual se dispuso la medida provisional genérica de suspensión de tramitación de los procesos sancionatorios, no obstante en el expediente electrónico del proceso en SNIFA se la denomine “Reabre procedimiento sancionatorio suspendido” en la columna “tipo de documento”); se nos notificó el 18 de noviembre último la resolución sancionatoria que por este acto se impugna.

b) RESOLUCIÓN ILEGAL IMPUGNADA

La Resolución sancionatoria impugnada en este acto tras estimarse a la luz del artículo 56 de la LO - SMA que “(...) *no se ajusta a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar (...)*”, consigna expresamente “(...) *los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 07 de septiembre de 2018, así como en la Ficha de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración (considerando N°28)*”, y que “(...) *la medición efectuada por esta Superintendencia...goza de presunción de veracidad por haber sido efectuada por ministro de fe (considerando N°30)*”, teniéndose “(...) *por probado el hecho que funda la formulación de cargos...esto es, la obtención, con fecha 7 de septiembre de 2018, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 68 Db (A), medición efectuada en horario nocturno, en condición interna, con ventana cerrada, en un receptor sensible ubicado en Zona II (31)*”, a la luz de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, considerando el Informe de Medición de acuerdo a la metodología dispuesta en el D.S. N°38/2011, MMA (32), dando finalmente por configurada una supuesta infracción ambiental del Hotel a la luz del artículo 35, letra h) de la LO - SMA e imponiéndole a la empresa una sanción de multa de **84 Unidades Tributarias Anuales** (equivalente a casi \$51.500.000 al mes de diciembre de 2020).

c) ACTA FUNDANTE VICIADA DE ILEGALIDAD

La resolución impugnada constituye sin lugar a dudas el acto terminal, de término o decisional del proceso administrativo sancionatorio ROL D - 156 - 2019, instruido contra el

Hotel (para no ir más lejos, la resolución lleva por título “Resuelve procedimiento administrativo sancionatorio D - 156 - 2019”), y tal como se desprende de los pasajes de la misma transcritos en el párrafo anterior, **se funda en la medición efectuada por un funcionario** del Servicio Público en referencia y, más concretamente, en los respectivos actos administrativos de constancia¹ y de juicio asociados a la inspección ambiental nominal y a la medición practicadas durante la noche del viernes 07 y la madrugada del sábado 08 de septiembre de 2018.

En este punto cabría recordar que de conformidad con las Instrucciones Generales sobre Fiscalización Ambiental contenidas en la Resolución Exenta SMA N°1.184/2015, **el “acta de inspección ambiental”** ha sido definido como el *“documento elaborado por el encargado de la inspección ambiental donde se constatan los hechos y circunstancias observados durante una actividad de inspección ambiental (artículo segundo, literal j)”*.

Luego, en el Acta de Inspección Ambiental fundante del cargo y de la sanción aplicada (acompañada en otrosí), se consigna en su acápite N°7 que durante la realización de la actividad de fiscalización ambiental se constató que **“(…) la actividad (fuente emisora) denunciada no se encontraba operando”** y que, **“siendo las 00:30 hrs. (ya del sábado 9 de septiembre de 2018, suponemos) se constató que la fuente emisora denunciada comenzó a operar generando el ruido asociado a la denuncia”**.

Posteriormente, en el mismo Acta y acápite, se consigna **“se procedió a realizar la medición de ruido en el lugar indicado por el receptor, el cual se encontraba expuesto al ruido generado por la fuente emisora. Se constató que el ruido generado por la fuente emisora era producido por música en vivo, animación, cantos (...)”**, finalizando la descripción de los hechos constatados y/o actividades realizadas con la oración **“la actividad de inspección finalizó siendo las 00:45 hrs.”**. Acto administrativo que, estimamos, resulta ilegal por no adecuarse a su régimen jurídico aplicable y que, por lo tanto, vicia de ilegalidad el proceso sancionatorio completo en forma prospectiva hasta la resolución misma que se reclama.

Lo anterior dado que para gozar de valor probatorio en el proceso administrativo referido, el **acta de inspección ambiental tendría que haber sido levantada** con arreglo a lo que dispone la LO - SMA y **las disposiciones que “le correspondía aplicar** (según dispuso el legislador en el artículo 56 de la LO - SMA)”, las cuales son en la especie, tanto aquellas contenidas en la mencionada Resolución 1184/2015, como en la Guía de la propia SMA para **el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental** (aprobada mediante Resolución Exenta N°251/2018, dictada con fecha 01 de marzo de 2018 por el Sr. Superintendente del Medio Ambiente), así como en el “Protocolo Técnico para la Fiscalización del D.S. MMA 38/2011 y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en

¹ Véase al respecto el Dictamen del Contralor General de la República N°80.261-2012, en que este último califica jurídicamente las actas como actos administrativos de constancia.

Instrumentos de Competencia de la SMA (aprobado mediante la Resolución Exenta SMA N°867/2016)".

En las Instrucciones generales de la SMA aprobadas mediante la Resolución 1184, ya en 2015 se establecía recomendaciones para la redacción del Acta de inspección ambiental, entre las cuales destaca aquella que señala: *"los hechos que deberán ser consignados son aquellos que ocurren o se aprecien durante la visita en terreno y deberán ser descritos indicando la forma en que son percibidos o han llegado a su conocimiento (artículo decimocuarto, letra a)",* y *"los hechos percibidos **deben ser contextualizados** indicando las **circunstancias relevantes en que se desarrolló la visita en terreno, por ejemplo, la hora, las condiciones meteorológicas o ambientales relevantes que puedan incidir en su percepción, o la ubicación georeferenciada del punto donde se toma la observación** (mismo artículo precitado, literal c))"*.

Ahora, contrastada con la Guía de 2018, resulta llamativo que en el Acta no se consignen antecedentes referidos a circunstancias que alteren el desarrollo de la inspección (acápite 5.7. de la Guía), y menos se satisfagan las exigencias institucionales asociadas a la descripción de los hechos constatados y/o actividades realizadas (acápite 5.8. de la Guía), toda vez que **el fiscalizador no describió con precisión en el documento los hechos constatados ni la forma en que fueron percibidos** (5.8. N°2), ni tampoco redactó su descripción considerando el mandato del Sr. Superintendente contenido en la Guía, en el sentido que *"los hechos percibidos deben ser contextualizados indicando, según sea el caso, las condiciones ambientales relevantes que puedan incidir en su percepción, tales como condiciones meteorológicas, luminosidad, visibilidad (...)* (5.8. N°4)".

A mayor abundamiento, en el "Protocolo Técnico para la Fiscalización del D.S. MMA 38/2011 y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA", aprobado mediante la Resolución Exenta SMA N°867/2016, también se contemplan "Consideraciones para el llenado del acta de inspección", entre las cuales se señala, nuevamente, **la "Contextualización de la actividad"**.

Instrucciones y normas institucionales que claramente pugnan con una frase del Acta como es: *"se procedió a realizar la medición de ruido en el lugar indicado por el receptor (...)"*, sin **detallar qué lugar sería ese...deducimos que es un departamento, pero ignoramos su piso - altura, orientación, si la medición se llevó a cabo en una terraza cerrada, junto a la caja del ascensor, etc.**

De otro lado, en el Acta se consigna que la **"fuente emisora"** no se encontraba operando y que a las 00:30 horas (ya del día sábado 9 de septiembre, deducimos) **"(...) comenzó a generar el ruido asociado a la denuncia"**. Lo anterior sin dar cuenta suficiente de cómo se **enteró el fiscalizador del funcionamiento del Salón Gaviota del Hotel. Lo cual no es baladí si consideramos que la distancia entre el domicilio del denunciante y del Hotel Gavina es de**

casi 200 metros, que Hotel y domicilio se encuentran en veredas opuestas de la Costanera de la ciudad de Iquique y que la supuesta inspección ambiental se desarrolló de noche.

En otras palabras, no se logra entender cómo y sobre la base de qué elementos de juicio el fiscalizador atribuye el ruido medido a la actividad del Hotel en uno de sus salones.

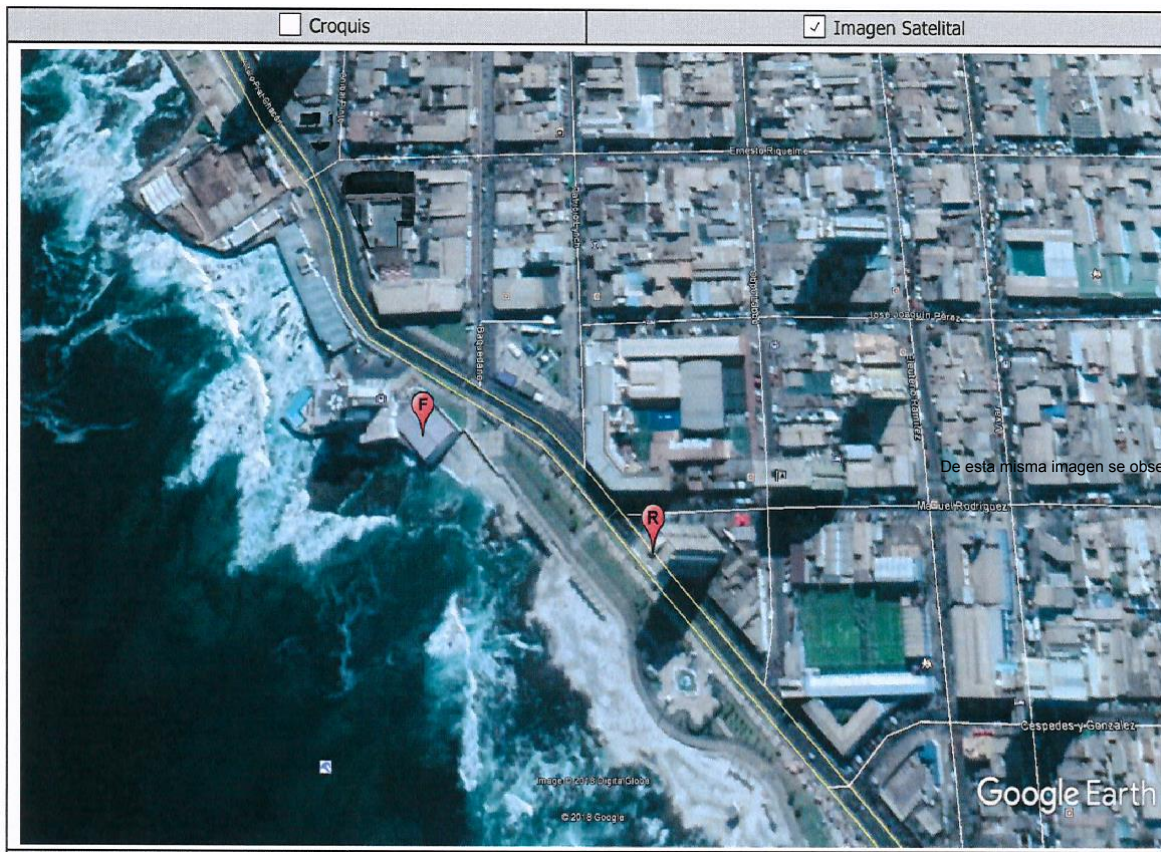
×

De hecho, se desconoce a qué hora el fiscalizador concurrió hasta las dependencias del hotel a realizar la actividad de inspección.

×

En resumen, se desconoce el orden, la secuencia y la cronología de las acciones ejecutadas en el marco de la fiscalización, toda vez que del Acta no se desprende si primero se llevó a cabo la inspección en el Hotel o la medición en el domicilio del denunciante, ni a qué hora se llevó a cabo la primera, lo que es especialmente grave cuando se trata de la realización de dos actividades de fiscalización ambiental (inspección ambiental y medición) por un solo funcionario que no podía estar presente en dos lugares distintos a la vez.

×



De esta misma imagen se observa la cercanía de una con otra

*Imagen de Google Earth extraída de la Ficha de Georreferenciación de Medición de Ruido de la misma SMA que grafica con luz de día la ubicación y distancia entre el domicilio del denunciante, lugar donde se habría llevado a cabo la medición del fiscalizador de la SMA, y el Hotel Gavina. (pág. 3)

Por otra parte, ni en el Acta ni en la Ficha de Información de Medición de Ruido contenida en el documento titulado “Reporte Técnico” se expresa en qué condiciones se llevó a cabo la medición del ruido de fondo registrado, no se alude al sonido del oleaje del mar perceptible en la Costanera de la ciudad, tampoco se mencione el tráfico vehicular que presenta la Costanera Arturo Prat un viernes por la noche y al consecuente efecto doppler, a ruidos que pudieran generar vecinos del mismo edificio del denunciante, a eventuales actividades que se pudieran haber estado llevando a cabo en la plaza 21 de mayo (ubicada al frente del hotel), ni a la existencia o inexistencia de otras instalaciones más próximas a aquél que el Hotel Gavina.

×

×

Está medido y considerado, desvirtúa lo indicado en el párrafo anterior

Lo anterior es especialmente grave si consideramos que solo el ruido de fondo medido y consignado en la página número 4 del “Reporte técnico (sic)”, era de 47 NPSeq (Nivel de Presión Sonora Continuo Equivalente Ponderado). O sea, el ruido de fondo por sí solo ya superaba el límite de 45 dB que prevé el D.S. N°38/2011, del Ministerio del Medio Ambiente, para las Zonas II, en horario nocturno (entre 21 y 07 hrs.). Situación que a nuestro juicio, haría esperar un estándar todavía más alto que el de costumbre del contexto de la medición en los documentos de registro, y a la hora de atribuir o imputar el ruido medido a una fuente específica.

×

De este modo, encontramos a la base del respectivo procedimiento administrativo un acto que contraviene los principios constitucionales de juridicidad y de legalidad, pilares sobre los que descansa el Derecho público y sus distintas ramas (tales como el Derecho administrativo sancionador y el Derecho ambiental, por cierto), y cuya observancia por parte de los órganos públicos es condición de posibilidad para que los ciudadanos podamos contar en un caso concreto con las garantías de un debido proceso² y de una investigación racional y justa, eliminando cualquier atisbo de parcialidad o discriminación arbitraria en el trato que dispensa el Estado.

×



PPFFFF:
1. Consta que es en domicilio, se desvirtúa alegación de
2. Firma porque en cumplimiento de art.XXX, debe dejar
PARADEEEEE

Incluso antes de ello, y dejando de lado por un momento la inobservancia de los principios de juridicidad y de legalidad de que dan cuenta tanto el Acta como el Reporte Técnico con su Ficha de Información, las anotaciones consignadas en ambos y sus antecedentes no permiten reconstruir el desarrollo de las actividades de fiscalización porque se señala que la medición se llevó a cabo en el domicilio del denunciante, pero el Acta cuenta con la firma de Jessica Cabrera en calidad de responsable del Hotel al momento de la diligencia. De modo que no se logra estructurar un relato coherente sobre la secuencia de las acciones

² Tal como concluye Duce en su artículo “Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo”, publicado en la Revista *Diritto Penale Contemporáneo*, N°2, de 2018: “(...) es claro que en Chile el proceso sancionatorio administrativo debe respetar debido proceso. Sostener lo contrario no es solo un error de interpretación e la Constitución y la ley de dicho país, sino que desconoce la lógica en que esta institución es comprendida modernamente por la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos relevante de aplicación (pág. 88)”. Criterio también del Tribunal Constitucional, recogido en forma expresa en sus sentencias recaídas en los requerimientos de inaplicabilidad ROLES N°766/2006, y 1888/2010.

ejecutadas por el fiscalizador la noche del viernes 07 de septiembre de 2018, cubriendo lagunas y vacíos de su relato con saltos lógicos como aquel que, nada más ni nada menos, asocia los decibeles medidos con la actividad del Hotel y lo sindicca como única fuente emisora del área y responsable de los decibeles medidos.

Por último, cabría señalar que en materia jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha interpretado en relación a las actas levantadas por la Administración tras llevar a cabo actividades de fiscalización, que ellas pueden “(...) *llegar a probar los hechos, bajo ciertas condicionantes* (STC INA N°4446-18)”. Condicionantes que a nuestro juicio no concurren en la especie, habida cuenta, principalmente, de la falta de completitud evidente del acto administrativo.

d) INFORME DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

En el proceso sancionatorio cobra una particular relevancia el Acta referida previamente, atendida la **ausencia de un Informe de Fiscalización Ambiental** en el proceso administrativo sancionatorio (que concluye con la Resolución sancionatoria impugnada).

Sin perjuicio de lo que dispone sobre la materia el artículo 26 de la LO - SMA³, en el artículo **decimonoveno, inciso final, de la Resolución SMA precitada N°1184, se dispuso el año 2015: “Sin perjuicio de lo anterior, atendida la naturaleza de las normas de emisión y las medidas de planes de prevención y/o descontaminación, el acta de inspección ambiental hará las veces de informe técnico de fiscalización ambiental en aquellos casos donde su contenido y anexos sean autosuficientes para dar cuenta sobre los resultados de la fiscalización”.**

De este modo, encontramos en el expediente que un acto administrativo nominado “Reporte Técnico”, hace las veces de Informe de Fiscalización Ambiental, contando entre sus anexos con el Acta ya mencionada.

Reporte que, por cierto, da cuenta de la actividad de medición, y que junto al Acta (que supuestamente da cuenta de la actividad de inspección, pero que en la práctica ahonda en la medición también más que en otra cosa), **no presentan la necesaria complementariedad que cabría esperar de actos de constancia y registro de actividades de fiscalización estatal, supuestamente, relacionadas y ejecutadas secuencialmente, una primero, y otra después, lo que por sí solo ya implica una contravención flagrante de los principios más fundamentales del Derecho público y hasta de la lógica formal.**

No dice náda! Qué quiere, si la ley lo dice
BUSCAR JP ASOCIADA A LAS ACTAS
DE FISCALIZACIÓN DE LA SMA

³ “Los resultados de las inspecciones, mediciones y análisis realizados por la Superintendencia, por entidades técnicas acreditadas y por organismos sectoriales, junto con un informe técnico fundado y sus conclusiones, deberán remitirse, una vez finalizados, al Sistema Nacional de Información de Información de Fiscalización Ambiental al cual se refiere el artículo 31”.

e) OTRAS IRREGULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO

Más allá de la falta de completitud del Acta, y de la falta de validez jurídica de que adolece ella tenida a la vista junto con el denominado “Reporte Técnico” para imputar un cargo en sede administrativa, nos encontramos en el **Proceso Administrativo Sancionatorio ROL D - 156 – 2019 con otras anomalías, tales como el mencionado “Reporte Técnico”, documento que hasta donde tiene conocimiento esta parte no se encuentra previsto ni regulado en la LO - SMA ni en ningún otro cuerpo normativo**, representando toda una novedad jurídica, pero que pierde atractivo al “aparecer” en el marco de un proceso administrativo sancionatorio que, se supone que por ser tal, debe ser substanciado con **estricto apego a la ritualidad y al orden consecutivo legal establecidos por el legislador en el correspondiente procedimiento**, como garantía de igualdad y de certeza jurídica para los administrados que son sujetos de fiscalización y sanción estatales.

Por otra parte, y como se acredita con documento acompañado en otrosí, nos encontramos en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, **SNIFA**, con un expediente completamente desactualizado, no obstante el mandato del legislador contenido en el artículo 32, penúltimo inciso, de la LO - SMA, y el mandato del Ejecutivo contenido en el artículo 4 del Reglamento del SNIFA, aprobado mediante el D.S. N°31/2012, del Ministerio del Medio Ambiente; en el sentido de mantener actualizado dicho Sistema en la página web de la Superintendencia, lo cual es particularmente grave en un contexto de pandemia, cuarentenas, y de dificultades para desplazarse físicamente dentro de las regiones del país y, más aún, entre ellas.

INDICAR QUE FUE SUBSANA

Por último, hago presente nuevamente el hecho que luego de perder contacto con la SMA durante meses, **recibamos inesperadamente, de un día para otro, una resolución sancionatoria, sin haber podido saber oportunamente de la reapertura del proceso administrativo suspendido tantas veces**, y sin haber podido conocer en forma oportuna tampoco el Dictamen recaído en el proceso administrativo.

f) APRECIACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LA SANA CRÍTICA

Como es bien sabido por **SS. ILUSTRE**, el artículo 51 de LO - SMA, establece: *“Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

Luego, y tal como lo ha interpretado la Excelentísima Corte Suprema, entre otros fallos, en el recaído en la causa ROL N°37.273 - 2017 (sobre recursos de casación deducidos contra sentencia del Segundo Tribunal Ambiental), las reglas de la sana crítica como sistema de valoración probatorio admiten ser desagregadas en las “reglas de la lógica”, en las “máximas de la experiencia”, y en el “conocimiento científico afianzado (ROL N°21.327 - 14)”. Ninguna de las cuales permite entender ni menos reproducir el *iter* o trayecto que siguió el fiscalizador de la SMA la noche del viernes 07 de septiembre, en qué minuto visitó el Hotel y realizó su inspección ambiental, cómo pudo determinar con tanta precisión el horario en que habría comenzado la actividad en el Salón Gaviota y, cómo logró dar por acreditada la fuente y la causalidad de los ruidos medidos en el domicilio del denunciante...la lógica, la experiencia y el conocimiento científico parecen indicar que aún no es posible que una sola persona, que una misma persona (el fiscalizador, en este caso), pueda estar presente a la vez en dos lugares: Hotel y domicilio del denunciante.

LA PRUEBA ES EL ACTA
MISMA Y EN ELLA
CONSTA QUE....

KAJJAJAJA

De este modo, y no obstante lo que dispone el artículo 8° de la LO -SMA (en el sentido que los funcionarios de la SMA son ministros de fe y en razón de ello se presumen legalmente los hechos constitutivos de infracción ambiental consignados por ellos en actas), estimamos que los vacíos y las dudas sobre el desarrollo de la inspección ambiental y de la medición que se suscitan luego de revisar tanto el “Reporte” como el Acta que se le anexa, no permiten aplicar válidamente tal presunción relativa.

Estimamos que una presunción legal no debería aplicarse de modo tal que valide e incluso “subsodie” actividades de fiscalización mal ejecutadas o el registro incompleto de ellas, máxime cuando se está en ausencia de un Informe Técnico de Fiscalización Ambiental, y el Acta y una Ficha de Información incompletos son el único sustento documental para formular un cargo y, en definitiva, imponer una sanción millonaria. Ello sin duda constituiría una mala señal, abiertamente contraria a las bases de cualquier Estado de Derecho.

Tal como lo ha señalado la Excelentísima Corte Suprema, a propósito del estándar de prueba en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, para que la Administración aplique válidamente una sanción, debe satisfacer el estándar de “prueba clara y concluyente (sentencia de fecha 07/09/2012, recaída en la causa ROL N°2.578-2012)”. Estándar que a todas luces no se satisface en la especie, habida cuenta de la falta de continuidad que presenta la descripción de actividades ejecutadas por el fiscalizador.

REV JP

Recordemos además en este punto que el legislador enumeró expresamente entre los principios que deben regir todo procedimiento administrativo, el principio de imparcialidad (art. 4°, Ley 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado), señalando a su respecto: “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos (art. 11, Ley N°19.880)”⁴.

Así, y sin perjuicio de la presunción relativa referida *ut supra*, estimamos que la SMA debe ejercer impecablemente sus potestades fiscalizadoras y sancionadoras, entre otras cosas, llevando a cabo en forma imparcial las actividades de fiscalización ambiental de los instrumentos de gestión ambiental cuyo cumplimiento fiscaliza, y dejando un registro claro, completo, y autosuficiente de la práctica de ellas, máxime cuando ocurre como en la especie, se está, excepcionalmente, ante la ausencia de un Informe Técnico de Fiscalización Ambiental que pueda dotar de sentido y coherencia al relato apresurado de un fiscalizador y que, en último término, permita atribuir responsabilidad de manera inequívoca a la persona del fiscalizado.

Por último, y a modo de corolario, estimamos que no debe perderse de vista que por este acto se impugna una resolución dictada en ejercicio de una potestad sancionadora, de un poder otorgado excepcionalmente por el legislador a la Administración para sancionar (y, en este caso, tras el ejercicio con anomalías de una potestad fiscalizadora), vale decir, en ejercicio del *ius puniendi* estatal, y como lo ha interpretado la Ilustre Corte de Apelaciones de Concepción (fallos de fechas 19/06/1990 y 22/03/1996), y confirmado la Excelentísima Corte Suprema (en fallo de fecha 27/06/1996), “(...) *si la infracción no es manifiesta, sino que aparece como consecuencia de una calificación, de una interpretación o, simplemente, de un juicio de valor emitido por un funcionario fiscalizador, es obvio que el principio de juridicidad no ha sido respetado*”.

g) PETICIÓN SUBSIDIARIA

En el poco probable evento que **SS. ILUSTRE** desestime la presente reclamación, y de ese modo valide la sanción impuesta y el irregular proceso administrativo que le sirve de base; vengo en solicitar en forma subsidiaria que se ordene rebajar en todo o parte la multa impuesta, conforme al mérito de lo de lo que se expondrá y a la luz de los siguientes argumentos:

Respecto de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO - SMA en la determinación de la sanción impuesta por la SMA

⁴ Cuerpo normativo que aplica en la especie por remisión expresa del artículo 62 de la LO SMA, el cual establece:

“En todo lo no previsto en la presente ley (LO - SMA), se aplicará supletoriamente la ley N°19.880”.

En el acápite X de la resolución reclamada, la SMA realizó una ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO - SMA. Como es de conocimiento de **SS. ILUSTRE**, los criterios que aplica este organismo público a su respecto están, a su vez, expuestos y desarrollados en las llamadas “Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales (actualizadas en diciembre de 2017)”.

Esta parte cuestionará algunos criterios que aplica la SMA en la resolución impugnada, en virtud de las razones que se esgrimen a continuación:

➤ **Sobre la circunstancia de la “importancia del daño causado o del peligro ocasionado”, del artículo 40 letra a).**

Respecto de esta circunstancia el órgano fiscalizador parte precisando, a partir del considerando 60 y siguientes, dos hipótesis de procedencia: La ocurrencia de un daño o de un peligro atribuible a una o más infracciones cometidas por el infractor. Sostiene que *“el concepto de **daño** comprende todos los casos en que se estima que exista un menoscabo o afectaciones a la salud de la población o al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, sean significativos o no, reparables o no reparables”*.

Luego, y tras descartar la producción de un daño, la SMA indica a continuación, que cuando se habla de peligro, existen dos hipótesis, la primera se refiere a que se produzca la afectación, es decir, se produce daño, y la segunda, se refiere a la posibilidad de una afectación, es decir, se está hablando de un **riesgo** objetivamente creado por un hecho (acción u omisión) imputable al infractor susceptible de convertirse en el resultado dañoso.

Así las cosas, la SMA señala que, para evaluar la existencia de un riesgo, se debe analizar si existe un peligro y, si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto el peligro con el receptor sensible, sea completa o exponencial, definiendo para estos efectos al peligro como *“(…) la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor”*.

Luego en el considerando 65 de la resolución impugnada, la SMA sostiene que en relación al peligro vinculado a la infracción, el conocimiento científicamente afianzado ha señalado que respecto de los efectos del ruido sobre las personas existe una potencial afectación de la calidad de vida de ellas, entre otras cosas, al alterar y perturbar los ciclos de sueño de quienes se encuentran expuestos a este tipo de ruido, con repercusiones en sus funciones biológicas, como trastornos del sueño y la afectación de la salud mental. Para ello se funda en la *Guideline for Community Noise*, elaborada por la Organización Mundial de la Salud.

En el considerando 69, a su turno, la SMA afirma que la infracción generó un riesgo para la población, puesto que existe una fuente de ruido identificada, y se identifica *“al menos un receptor cierto”* y un punto de exposición, el cual identifica en la ficha de medición de ruidos

como receptor N°1 de la actividad de fiscalización realizada en el domicilio del receptor, y un medio de desplazamiento, el cual es el aire, constatando en definitiva que existen personas expuestas al peligro ocasionado por la presión sonora emitida, supuestamente, por la empresa.

En base a lo anterior, determinada la existencia de un riesgo, la SMA pondera la magnitud e importancia de los efectos generados por la infracción, señalando que además de la presión sonora de 68 dB (A) en horario nocturno, debe añadirse otro elemento que incide en la magnitud del riesgo, siendo este concretamente la frecuencia y el tiempo de la exposición al ruido por parte del receptor, concluyendo que, según las máximas de la experiencia el Salón Gaviota del Hotel Gavina tendría un funcionamiento periódico, los fines de semana, es decir, viernes, sábados y festivos.

Así, considerando las emisiones de ruido registradas en la resolución impugnada, frecuencia de funcionamiento, y exposición al ruido constatado en el procedimiento sancionatorio, la SMA infiere la **existencia de un riesgo, aunque no de carácter significativo para la salud.** (considerando 75 de la resolución impugnada).

De otro lado, respecto de las circunstancias de la letra a) del artículo 40 existe nutrida jurisprudencia en que los Tribunales Ambientales han tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de que existen dos hipótesis que permiten configurarla: La primera de ellas es de resultados, exigiendo la concurrencia de un daño; mientras la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma. (sentencias recaídas en los ROLES R - 33 - 2014 y R - 128 - 2016, del Segundo Tribunal Ambiental, *inter alia*)

En cuanto a la primera hipótesis, la SMA descartó la generación de daño debido a la ausencia de antecedentes que permitiesen concluir que se dio aquel resultado lesivo que exige la primera parte de la letra a) en análisis, es decir, descartó la existencia de un menoscabo de una cierta importancia producto de los hechos materia de la resolución impugnada

Sobre la segunda hipótesis del peligro ocasionado -que según lo consigna la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales, es una hipótesis de peligro concreto-, se requiere que el bien jurídico haya experimentado efectivamente un riesgo, lo que se perfecciona cuando el sujeto provoca la situación de riesgo específica prevista en el tipo infraccional.

Asimismo, hay que tener presente la definición de la Real Academia española de la lengua (RAE) qué entiende para la expresión “**concreto**” por algo opuesto a lo que es abstracto y general que resulta de un proceso de concreción y que es preciso determinado y sin vaguedad.

Delimitada entonces la segunda hipótesis de la circunstancia de la letra a del artículo 40 corresponde verificar cómo la SMA ha razonado sobre el punto en este caso concreto. En ese sentido, en el considerando 63 de la resolución impugnada, la institución pública indica que cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo de afectación objetivamente creado por un hecho acto u omisión imputable al infractor, y termina concluyendo en el considerando 69 que en este caso existiría un peligro ocasionado.

Al revisar los argumentos sostenidos por la SMA respecto del análisis de esta circunstancia, nos referiremos primero, al que se encuentra en el considerando 74 de la resolución, el cual se refiere a que conforme las máximas de la experiencia la SMA infiere que los elementos que emiten ruido desde el Salón Gaviota del Hotel Gavina tendrían un funcionamiento **periódico**. Concentrado, especialmente, en los fines de semana, y en horario nocturno.

Lo anterior no es efectivo, ya que sin perjuicio de que dicho salón funciona desde hace muchos años, siempre lo ha hecho de manera **esporádica**, ya que se arrienda ocasionalmente para distintos eventos programados, y tanto en horarios diurnos como nocturnos.

De hecho, tal como se acreditará con los documentos respectivos, el día en que se llevó a la cabo la fiscalización que terminó con la resolución que se impugna, el **Salón Gaviota del Hotel se había arrendado a la Corporación de Desarrollo Social de la Ilustre Municipalidad de Iquique, y la amplificación del evento estuvo a cargo de una tercera empresa contratada al efecto: DID SONIDO Y CIA SPA.**

Como podrá colegir **SS. ILUSTRE**, el espacio que corresponde al Salón Gaviota, solo es ocupado de manera excepcional, para eventos de diversa naturaleza, tales como premiaciones de colegios, dictación de charlas o cursos, comidas de empresas, o como en este caso, cena de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique, CORMUDES, de la Ilustre Municipalidad de Iquique, resultando absolutamente incorrecta la afirmación y asunción de periodicidad de la SMA, como si se tratara de una *discotheque* o de un club nocturno.

De esta manera, no existe ningún antecedente que permita concluir, fehacientemente, que el incumplimiento a la normativa haya ocurrido **con habitualidad y menos de forma permanente en el tiempo**. Es decir, de manera regular durante el año. De hecho, de haber sido realmente así, probablemente, la SMA hubiera decretado Medidas Urgentes y Transitorias o, derechamente, Medidas Provisionales.

Así las cosas, si la frecuencia de exposición al ruido por parte del receptor es excepcional, la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el medio ambiente o la salud de las personas se reduce drásticamente.

Por otro lado, el otro argumento en que se funda la existencia de este riesgo es la guía elaborada por la Organización Mundial de la Salud de 1999, donde se señala -respecto de los efectos del ruido nocturno- que existe una potencial afectación de la calidad de vida de las personas. Señala aquella que el conocimiento científicamente afianzado ha mostrado que, respecto de los efectos del ruido nocturno, existe una potencial afectación de la calidad de vida de las personas, alterando y perturbando a los ciclos de sueño de aquellos que se encuentran expuestos a este tipo de ruido, con consecuentes repercusiones en sus funciones biológicas como trastornos del sueño y la afectación de la salud mental.

En base a la evidencia científica de este documento internacional utilizado por la SMA, se recomienda una exposición media nocturna anual de 40 dB. Sobre este punto, se debe destacar que, pese a que el mismo documento con el que la SMA funda la existencia de este riesgo a la salud de las personas, **recomienda una exposición media nocturna anual muy por debajo de los límites consignados en la norma de ruido nacional D.S N°38, del año 2011.** En efecto, mientras la Organización Internacional recomienda 40 dB, la norma nacional de ruido, ya para la Zona II está permitiendo un máximo en horario nocturno de 45 dB, y aún más en las Zonas III y IV. En otras palabras, aun cuando se cumpla norma en una Zona II, III o IV, tales emisiones de ruido podrían estar ya generando afectaciones a la calidad de vida de las personas.

Por otra parte, en el considerando 67 la SMA indica que: *“la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la calidad de vida de las personas por cuanto incide en la generación de efectos emocionales negativos, tales como la irritabilidad, ansiedad, depresión, problemas de concentración, agitación y cansancio siendo mayor el efecto cuando más prolongada sea la exposición al ruido”.* **La SMA utiliza la guía de la OMS para intentar acreditar que son los conocimientos científicamente afianzados los que darían cuenta de la afectación a la calidad de vida de las personas.**

Sin embargo, si se revisa la resolución impugnada, no queda claro cuál sería el peligro concreto que se estaría generando. La SMA señala que la *“exposición al ruido tiene un impacto negativo”*, pero no se precisa cuál es ese peligro concreto, y sólo refiere a una generalidad de externalidades como las perturbaciones del sueño, o la irritabilidad, ansiedad, depresión, problemas de concentración, agitación y cansancio, que finalmente las reúne en la expresión *“afectación a la calidad de vida”*.

Bajo este respecto, el D.S. N°38/2011 que aprobó la norma de emisión de ruidos, dejó sin efecto la norma anterior aprobada en el Decreto Supremo N°146 de 1997, que establecía una norma de emisión para *“ruidos molestos”*, expresión eliminada con la norma de ruido vigente dados los problemas de interpretación a que daba lugar y porque el concepto de molestia no está directamente relacionado con un nivel de ruido determinado. Es decir, todas las externalidades que generan molestias sonoras y por tanto afectarían la calidad de

vida de la población, no estarían consideradas en la norma de emisión de ruidos vigentes, sino en la medida que ellos se identifiquen en el caso concreto.

Así como no se precisa cuál sería la afectación, tampoco se explica en la resolución impugnada el vínculo directo y concreto que debe existir entre el hecho denunciado y el eventual peligro concreto ocasionado, puesto que, si se tiene en cuenta la misma Guía de la OMS del año 1999 que utilizó la SMA, es posible apreciar que:

- Las personas responden de manera diferente al mismo estímulo de ruido. Estas diferencias pueden ser muy amplias y por lo mismo se recomienda porcentajes según el grupo de personas de que se trate (Guía OMS, 1999, página 10). Sin perjuicio de lo cual, en la especie desconocemos las características etarias y sanitarias de la persona del denunciante así como del grupo de personas que viviría en la supuesta área de influencia de los ruidos medidos que se imputan a la empresa;
- Hay estudios científicos que informan que un mundo completamente silencioso puede tener efectos perjudiciales. Por lo tanto, un sonido muy pequeño y uno muy grande, puede ser perjudicial (Guía OMS, de 1999, página 37), y que
- La capacidad de un ruido de inducir a molestias depende de muchas características físicas, incluyendo el nivel de presión del sonido y características espectrales como de las variaciones de esas propiedades en el tiempo. Sin embargo, reacciones de molestias son sensibles a muchos factores no acústicos de naturaleza social, fisiológicas o económicas, y hay también diferencias considerables en las reacciones individuales diferentes sobre el mismo ruido (Guía OMS, de 1999, página 62).

Como se aprecia de los conocimientos recopilados por la OMS, en dicha Guía existen diversas variables que están vinculadas con una posible afectación a la calidad de vida, donde incluso en la ausencia de ruido pueden generar externalidades. Sin embargo, de acuerdo a lo expuesto por la SMA, sería posible concluir que para ella el peligro se configura incluso en forma abstracta, en situaciones tales como la que motivó las actividades de fiscalización ambiental defectuosas y la posterior sanción impuesta.

Sin embargo, y como se ha interpretado por los Tribunales Ambientales, lo que la SMA debe buscar para configurar la circunstancia en comento es la existencia de un peligro concreto. El Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, por ejemplo, ha sostenido en forma expresa que **de no ser capaz la Superintendencia determinar la existencia de este peligro concreto, este componente no debiere ser considerado como circunstancia para la determinación de la sanción** (sentencia recaída en el ROL R - 15 - 2015, de fecha 8 de febrero de 2016).

De ahí entonces la importancia de precisar la expresión “concreto”, porque su empleo implica la necesidad de incorporar un criterio de vinculación directa entre el hecho y el peligro ocasionado, lo que en la resolución impugnada no queda establecido, ya que sólo se asume en ella que la generación de ruido puede generar ciertas externalidades, que como la misma guía de la OMS señala, se pueden verificar por diversas fuentes y según la condición variable de las personas expuestas.

Además, existen claras diferencias entre generar irritabilidad, depresión, y perturbaciones del sueño, lo que refleja la **vaguedad** en este punto de la formulación del cargo, en la cual se asimilan externalidades sin satisfacer el estándar que debe seguir la SMA de acuerdo a los criterios legales y precisados por jurisprudencia asentada.

A mayor abundamiento, recientemente la Corte Suprema ha señalado que la “*actividad del órgano reclamado se encuentra sometida al **principio de exhaustividad**, cómo surge de lo estatuido en el inciso final del artículo 3° del D.F.L. N°1 del año 2000 (del Ministerio Secretaría General de la Presidencia), que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*”.

Agrega el máximo Tribunal que “(...) *de dicha disposición se desprende que los órganos de dicha administración se hallan regidos por un conjunto de principios que los obligan, en el desempeño de sus labores, a obrar, entre otras exigencias, con la mayor responsabilidad, eficiencia, probidad y transparencia, de manera que su actividad no puede entenderse caracterizada por un cariz de pasividad o de indiferencia, sino que por el contrario, en su desempeño tales entidades han de impulsar el avance de los procedimientos que deben conocer, deben emplear con eficiencia los recursos que han sido puestos a su disposición, han de obrar coordinadamente y deben someter sus decisiones a la revisión de sus superiores. De tales predicamentos se desprende, como es evidente, un mandato que los engloba y que obliga a la administración a ejercer sus facultades y a cumplir sus deberes de manera que los mismos sean plenamente satisfechos, lo que sigue, como es natural, que **si reprocha a un particular la comisión de una determinada infracción deberá agotar los medios disponibles para verificar si dicha transgresión fue efectivamente cometida de qué modo ocurrió y quién es el responsable de su realización** (sentencia de la excelentísima Corte Suprema, del 8 de enero de 2018, recaída en ROL N°38.817 del año 2017)*”.

De la sola lectura de la resolución impugnada es posible apreciar que la SMA entiende configuradas las circunstancias en atención a la mera existencia de ruido, sin ser exhaustivos en determinar con precisión cuál es el riesgo concreto, ni en la supuesta vinculación entre los hechos y un peligro concreto. Básicamente, la autoridad fiscalizadora entiende que hay afectación en la calidad de vida por el mero hecho de existir un ruido, aunque provenga de un parlante o un elemento de sonido y su volumen sea moderado, sin atender a los elementos de contexto ni a las características específicas de el o los receptores.

Recordemos en este punto que la propia SMA concluyó en la especie que el riesgo producido no fue significativo, lo cual es peculiar ya que, según la RAE, significativo es importante, de modo que, interpretado *a contrario sensu*, tenemos que para la SMA el ruido medido “no es significativo”, “no sería importante”, pero, sin embargo, afectaría a toda la población próxima. Lo anterior es de suyo contradictorio, pero lo es todavía más cuando observamos que la misma SMA en sus Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, señala expresamente que esta circunstancia de la letra a), del artículo 40 de la LO - SMA, “(...) *se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida*”⁵.

Ella, la misma SMA en el referido documento, ha distinguido entre “peligro (concepto que emplea el legislador en la circunstancia de la letra a)” y “riesgo”, reconociendo que “*En diversas ocasiones, los Tribunales se han referido a la noción de ‘peligro concreto’...asociada a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, en base a la identificación de uno o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso específico*”⁶...elementos de contexto que en el especie, o no se encuentran disponibles, o son del todo insuficientes.

Finalmente, la misma SMA en sus Bases Metodológicas, concluye indicando que “*Una vez determinada la existencia de un daño o peligro, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas a la infracción*”⁷. Importancia que el Servicio Público en referencia incluso redujo durante el proceso administrativo, toda vez que el Sr. Superintendente, a sugerencia del Fiscal Instructor, recalificó la supuesta infracción de mi representada, de grave a leve.

➤ **Sobre la circunstancia del “número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción”, del artículo 40 letra b)**

A este respecto, y tal como dicta el razonamiento predominante utilizado por la SMA, nos encontramos frente a una hipótesis de peligro, en la que no es necesaria la concurrencia de un resultado dañoso para su aplicación.

Sin perjuicio de lo anterior, y como el riesgo debe ser interpretado en un sentido amplio, es decir, debe considerar tanto afectaciones actuales a la salud, como la posible generación

⁵ Pág. 32.

⁶ Pág. 33.

⁷ Pág. 34.

futura de enfermedades crónicas o de nuevas condiciones de riesgo, consecuentemente con lo esgrimido en el numeral anterior, debemos señalar que no hubo afectaciones a la salud ni se puso en riesgo significativamente la salud de la población o el medio ambiente.

De este modo, viene al caso poner en duda la cantidad de personas residentes potencialmente afectadas en las manzanas censales (1.056), según lo expresado en los considerandos 81-82 y 83 de la resolución que se impugna, de conformidad a la información elaborada por el censo del año 2017, toda vez que la mayor parte del área indicada no corresponde a una zona residencial o de descanso (ya que además es una zona de inundabilidad en caso de Tsunami), sino que por el contrario, en el lugar se constata la predomina la presencia de colegios, universidades, instituciones públicas, estaciones de servicio, plaza de estacionamientos, clubes deportivos, tiendas, oficinas en general, una piscina municipal, la existencia de la plaza pública 21 de mayo –(donde por cierto se efectúan festivales en diversas épocas del año), pubs, restaurants y *discotheques*, entre otras, de manera tal que el día y hora de los hechos sancionados, muy presumiblemente, no había en el área señalada por la SMA la cantidad de gente que se refiere, y además **SS. ILUSTRE**, la mayoría de las personas que sí podían estar en la zona individualizada, se encontraba en actividades de esparcimiento por lo que difícilmente se hubieran visto potencialmente afectadas por el aumento del sonido.

➤ **Sobre la circunstancia de “La capacidad económica del infractor”, del artículo 40 letra f)-y la falta de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción**

En relación a esta circunstancia, creemos que ella no fue debidamente ponderada por la SMA, toda vez que en la resolución impugnada se indica que para calcular la capacidad económica de la empresa se tuvo en cuenta la información “autodeclarada” por esta ante el Servicio de Impuestos Internos, el año 2019, correspondiente al año comercial 2018 (considerando 102), en circunstancias que la Excelentísima Corte Suprema ha señalado en forma expresa que la capacidad económica de los infractores “(...) debe ser estimada **al momento de establecer la multa correspondiente**”⁸.

Fallo y criterio que, curiosamente, la misma SMA cita en sus Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA (pie de página 60, en página 42), atendido lo cual, estimamos que la SMA tendría que haber tenido también a la vista los estados financieros de la empresa correspondientes al año 2019 e, idealmente, los del primer semestre del año 2020, considerando que la resolución impugnada data del mes de junio de este año y considerando, especialmente, que el rubro turístico ha sido uno de los más golpeados en términos económicos, primero con los problemas de orden público

⁸ Sentencia recaída en la causa ROL 24.422 - 2016.

asociados al estallido social, y luego, con la pandemia y las consecuentes limitaciones impuestas en razón de ella a la libertad ambulatoria.

Es a la luz de lo anterior que acompañamos en otrosí balance del año comercial 2019 y pre balance del año comercial 2020 (primer semestre), junto con documento que da cuenta de los numerosos despidos que ha debido concretar el Hotel para seguir subsistiendo. Documentos los cuales permiten obtener una visión actualizada, y más clara y justa de la verdadera situación económica de la empresa al momento de ser sancionada por la autoridad ambiental.

La causal relativa a la “capacidad económica del infractor” fue manifiestamente mal ponderada, y ello se traduce finalmente en una multa cuyo monto o *quantum* resulta desproporcionado.

En este punto recordemos que la propia SMA ha identificado como elementos integrantes de la proporcionalidad la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido; elementos a la luz de los cuales estimamos que una sanción de multa de más de 50 millones de pesos resultaría completamente excesiva hoy a la luz de la infracción que sirvió de base al cargo formulado, máxime si consideramos el número de afectados denunciados que intervino en el proceso administrativo (uno); la situación económica que ha golpeado a los rubros turístico y hotelero, especialmente en regiones, desde octubre de 2019 a la fecha y que, probablemente, mientras más alta sea la multa, de menor cuantía serán las mejoras en la aislación acústica que se le harán al Salón Gaviota del Hotel, habida cuenta, justamente, de la brusca caída en los ingresos que presentan los estados financieros de la empresa y de la actual necesidad de priorizar más que nunca el destino de los gastos.

Por todo lo anterior, y siguiendo el razonamiento aplicado por **SS. ILUSTRE** ante un caso con un supuesto de hecho *mutatis mutandi* similar a la base (como fue la Reclamación ROL 22 – 2019), estimamos que “(...) la fundamentación relativa al monto de la sanción en este caso no supera el estándar de razonabilidad exigible para el acto administrativo impugnado, considerando el acto ilegal por ser arbitrario”⁹.

- **Sobre “todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”, del artículo 40 letra i), en específico el factor de incremento de la sanción denominado “falta de cooperación”**

⁹ Véase sentencia de fecha 26/08/2019.

Uno de los criterios que utiliza la SMA para determinar las sanciones aplicables, es la cooperación para el esclarecimiento de los hechos infraccionales, circunstancia que en el caso que nos ocupa fue injustamente desechada.

La cooperación como hecho o circunstancia, disminuye el componente de afectación de la sanción específica a aplicar, dependiendo si el infractor ha realizado acciones que han permitido o contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y sus efectos.

La cooperación debe ser eficaz, y se relaciona íntimamente con la utilidad real de la información o de los antecedentes aportados, y puede llegar en el caso de la Autodenuncia, incluso, a producir un efecto eximente la primera vez que se utiliza o, bien, atenuante de la sanción, la segunda y tercera vez, en los términos establecidos del artículo 41 de la LO - SMA.

En el caso *sub lite*, la SMA señala que mi representada no realizó acciones que contribuyeran al esclarecimiento de los hechos ni tampoco desplegó conducta alguna durante el proceso sancionatorio que contravirtiera los hechos infraccionales.

Pues bien, la SMA reconoce en el Acta de inspección ambiental que durante el desarrollo de la actividad:

- i) no existió oposición al ingreso;
- ii) no se solicitó el auxilio de la fuerza pública;
- iii) **Existió colaboración por parte de los fiscalizados.**

Finalmente, en el Acta de inspección ambiental, se señala expresamente por el Fiscalizador don Jorge Toro Marín, en el acápite asociado a recepción de Acta lo siguiente: que doña Jessica Cabrera Ulloa, encargada o responsable de la unidad fiscalizable, recibió copia del Acta.

Pues bien, pese a lo anteriormente indicado, la SMA desestima esta causal arbitrariamente en los considerandos 96 y 97, por el hecho de que mi representada no realizó presentación alguna que permitiera esclarecer los hechos imputados ni los contravino durante el proceso.

Así las cosas, este proceder de la SMA es contrario al Principio de Imparcialidad del artículo 11 de la Ley N°19.880,- respecto del cual se le exige a la autoridad fiscalizadora ambiental actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, y por lo tanto, considerar todas las circunstancias relevantes al caso particular, incluidas aquellas favorables, puesto que de lo contrario dejaría de respetar el deber de imparcialidad y objetividad que se impone a todos los órganos de la Administración.

Además, el proceder de la SMA resulta contrario a la razonabilidad que debe existir en toda resolución, más aun cuando de ello, deriva una sanción tan gravosa. Ello conforme a los criterios que han aplicado en tal sentido tanto la Contraloría General de la República, en su Dictamen N°33.479/2008; como la Excelentísima Corte Suprema, en la causa Rol N°5.313-2008.

Así las cosas, al excluir la SMA esta circunstancia obra arbitrariamente, en atención a que no se enmarca dentro de las pautas que ha dictado, ni tampoco respecto a lo que en este procedimiento administrativo ha ocurrido donde mi representada sí ha cooperado. Esta decisión arbitraria es contraria a los principios de razonabilidad y motivación, puesto que las decisiones del poder público deben estar fundadas y no obedecer al mero capricho de quien ostenta poder público, pues ello configura un acto abusivo que limita indebidamente el ámbito de libertad reconocido por el Ordenamiento (Camacho Cepeda, Gladys, año 2010, "La actividad sustancial de la administración del Estado").

POR TANTO, y atendidos los argumentos de hecho y de Derecho esgrimidos,

A SS. ILUSTRE SOLICITO: se sirva tener por deducida en tiempo y forma reclamación de ilegalidad contra la Resolución Exenta 992/2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente; acogerla y en definitiva declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto, o en subsidio, disponer una rebaja de la multa impuesta, en atención a los argumentos de hecho y de Derecho esgrimidos.

PRIMER OTROSÍ: Que por este acto asimismo vengo en acompañar:

- Copia simple de documento titulado "Confirmación de Eventos", en que se especifican los servicios contratados al Hotel, y se consigna expresamente que los servicios de amplificación del evento llevado a cabo en el Salón Gaviota la noche del viernes 07 de septiembre, fueron contratados a un tercero;
- Copia simple de Órdenes de Compra del Departamento de Administración y Finanzas de la Corporación Municipal de Desarrollo Social Iquique, de fechas 04 y 06 de septiembre de 2018, asociadas a los servicios contratados con el Hotel en relación al Salón Gaviota, para la noche del viernes 07 de septiembre de ese mismo año;
- Copia simple de factura, que acredita que la noche del viernes 07 de septiembre de 2018 en el Salón Gaviota del Hotel, la amplificación fue un servicio prestado por terceros (DID SONIDO Y CIA SpA);
- Copia simple del Acta levantada por funcionario de la SMA en el marco de inspección ambiental llevada a cabo en algún momento de la noche del día 07 y la madrugada del día 08 de septiembre de 2018;

- Copia del “Reporte Técnico”, al cual se anexa el Acta también acompañada;
- Certificación notarial del estado del expediente electrónico del proceso administrativo sancionatorio en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, SNIFA, al tiempo de la preparación de esta reclamación (a 3 de diciembre de 2020), extendido por el Notario Público Sr. Néstor Juan Araya Blazina, titular de la Notaría Araya, de la ciudad de Iquique;
- Copia simple de la página web de Correos de Chile que acredita fecha efectiva de entrega de la carta notificada que contenía la resolución impugnada;
- Balance del año comercial 2019;
- Pre balance del año comercial 2020;
- Copia de finiquitos de extrabajadores del Hotel, extendidos durante lo que va del año en curso;
- Mandato judicial Patricio Canales Hertrampf;
- Mandato Especial Alejandro Vilches Flores;
- Copia de inscripción de mandato especial; y
- Copia simple de escritura de sociedad Gavina Limitada.

POR TANTO,

A SS. ILUSTRE SOLICITO: tener por acompañados los documentos señalados.

SEGUNDO OTROSÍ: Que por este acto igualmente, vengo en solicitar se me notifiquen en forma electrónica los actos procesales que **SS. ILUSTRE** dicte, a las direcciones de correo electrónico baquedano1081@gmail.com y jnarvaezarmazan@gmail.com.

POR TANTO, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°20.600,

A SS. ILUSTRE SOLICITO: registrar los correos electrónicos señalados y ser notificado en forma electrónica.

TERCER OTROSÍ: Ruego a SS. Ilustre, tener presente que mi personería para actuar en representación de **GAVINA HOTEL LIMITADA**, consta en escritura pública de mandato judicial, otorgada con fecha 03 de mayo de 2018, ante el Notario Público de Iquique don Néstor Araya Blazina, cuya copia acompaño en este acto.

POR TANTO, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N°20.600,

A SS. ILUSTRE SOLICITO: tener presente mi personería para actuar en representación de Gavina Hotel Limitada.

CUARTO OTROSÍ: Ruego a SS. Ilustre, tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, domiciliado para estos efectos en calle Bolívar N° 202, piso 13, oficina 1302, Edificio Finanzas, de la ciudad de Iquique, asumo el patrocinio de mi parte en la presente causa y que actuaré personalmente, sin perjuicio de delegar la representación cuando lo estime conveniente

POR TANTO,

A SS. ILUSTRE SOLICITO, tenerlo presente.