

EN LOS PRINCIPAL: observaciones a la prueba rendida; **OTROSI:** Acompaña documento

SUPERINTENDENTE DE MEDIO AMBIENTE

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

Durante la prosecución del actual proceso sancionatorio ambiental seguido en contra de mi representada, hemos presentado abundante probanza con el propósito de controvertir los hechos que le dieron origen. Así las cosas, resulta fundamental abordar la dinámica ecosistémica que se ha dado y los esfuerzos de mi representada en orden hacerse cargo de las externalidades que pudo haber ocasionado y que pasamos a explicitar:

I. Recurso suelo

Sin perjuicio de reconocer la veracidad de que hubo extracción industrial de áridos que ameritaría el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental para evaluar las externalidades propias de un actividad extractiva como lo hicimos presente el PDC ofrecido en noviembre de 2020, corresponde detenerse a precisar tal como mi representada lo expuso en informe forestal elaborado por Doña Sofia Sapag en mayo de 2021, que la clase de suelo que existe en Fundo Santa Margarita y específicamente en el sector C corresponde a clase VII caracterizado por un suelo de poca capacidad agronómica y propicio para forestación o reforestación. En visita a teredo ordenada por la Fiscal Larraín Forestal Sra. Gabriela Luna W nos confirmó que se trataba de **un suelo de clase VII**. Un suelo de estas características no es un suelo degradable y como veremos en el acápite sobre daño ambiental, otro proyecto de extracción industrial de áridos, sí fue condenado a reparar el suelo menoscabado habida cuenta de su “significancia”, que teniendo **por uso clase III- propicio para el cultivo de frutales- paso a degradarse a clase VII**, ordenándose por la vía judicial con los correspondientes informes y peritajes agronómicas y después de un proceso de evaluación de la prueba con máximas de experiencia propias de la sana crítica, que era imprescindible la presentación de un plan de recuperación de suelos evaluado y visado por el Servicio Agrícola y Ganadero, Servicio dependiente del Ministerio de Agricultura.

II. Recursos hídricos

Como dejamos constancia en expediente al presentar los descargos, el Ministerio de Obras Públicas en uso de la potestad reglamentaria, dictó el 27 de agosto de 2020 el Decreto Supremo N 92 declarando “zona de escasez hídrica a las provincias de San Antonio y Valparaíso”, conforme al informe técnico de la Dirección Aguas que recogió las condiciones hidrometeorológicas de ambas provincias, declarando que en ellas se constataba sequía.

Esta situación se renovó el 2021 mediante Decreto N 192 de 18 de febrero 2020.

Sin embargo y tal como lo pudimos apreciar en la visita inspectiva del equipo de profesionales de la Superintendencia, la hidrología que baja por la quebrada del Fundo Santa Margarita ha permitido la existencia y fructificación de renovales de especies tales como las Nalcas -*gunnera Tintorica*-, astromelias y otras especies endémicas, dando cuenta especial respeto y cuidado del medio ambiente realizado por mi representada desde antes incluso de la ocurrencia de los hechos investigados. Las Nalcas son especies exóticas en el litoral central por lo que podemos afirmar con total claridad que en la visita que efectué en noviembre de 2020 y la recientemente realizada por los profesionales de la SMA, contamos con BIOINDICADOR que da cuenta de el buen desempeño de mi representada en un escenario difícil, marcado por una sequia nunca antes vista y la pandemia que pudo haber retrasado obras que se ejecutaron.

III. Biota asociada al área investigada

En los informes presentados durante la tramitación del presente procedimiento sancionatorio ambiental, tanto por la Botánica Señora Flores en 2018 como en el “Informe de visita quebrada Santa Margarita”, elaborado por la ingeniero forestal Ana Sofia Sapag a comienzos del 2021 y que acompañamos a esta proceso sancionatorio, ha sido enfática en destacar que el reencauzamiento de la quebrada Santa Margarita, ejecutada por la representada, permitió la existencia de abundantes especies arbustivas y herbáceas demostrando que la napa se “ encuentra activa y muy superficial”, todo lo cual resalta en buen manejo ambiental que Sociedad de Turismo Aquelarre ha realizado desde la ocurrencia de los hechos que motivan la presente investigación ambiental. Asimismo, pudimos constatar en terreno el jueves 16 de diciembre pasado, la veracidad de los informes técnicos presentados y el repoblamiento de especies comentadas además de la ejecución de un plan de corrección superando las exigencias de Conaf con especies de naranjillos entre otros en al oriente de la zona C visitada y con excelente prendimiento. Finalmente, resaltar que no obstante no ser una especie protegida durante la tramitación de estos procesos, el *Astragalus trifoliatu*s, pudimos constatar resultados sobresalientes he

llevado a cabo por mi representada en el vivero del sector Gota de leche donde el denunciante Señor Brito nos explicó en detalle el proceso de germinación de la **“Hierbita del Tabo”**.

IV. Aspectos culturales

En relación con los restos arqueológicos existentes en Fundo Santa Margarita, presentamos dos informes arqueológicos elaborados por el Arqueólogo Señor Jorge Inostroza, el último realizado en el 2021, dando cuenta de la existencia de conchales expuestos y erosión de vientos y que fueron **“guaqueados”** en 2021 no obstante la implementación de medidas de protección ejecutadas por la representada. La perturbación de dichos sitios fue explicitada durante la visita de diciembre por la perito arqueóloga Srta. Sonia Parra y refrendado tanto por mi mandante como por el Denunciante Brito, informando que se efectuaron las denuncias respectivas oportunas ante Fiscalía, activándose ordenes de investigar encomendadas a la Brigada de Delitos Medio Ambientales de la Policía de Investigaciones o BRIDEMA.

Adicionalmente a lo señalado, presentamos en su momento el estudio de quebradas realizado en la comuna por la Ilustre Municipalidad del Tabo, que también analiza el tema cultural arqueológico, llegando a concluir que, entre las desembocaduras del Río Maipo y del Río Aconcagua, en la zona litoral se ha detectado un alto número de sitios arqueológicos que dan cuenta de un complejo patrón de asentamiento que privilegió la ocupación humana de las diferentes terrazas marinas y actuales sistemas de dunas desde hace por lo menos 4000 años A.P. Lo anteriormente expuesto nos permite inferir una ocupación temporal continua y –probablemente- estable del territorio, debido a que la alta frecuencia de emplazamientos identificados, entre los cuales destacan los conchales con componentes domésticos y/o funerarios, da cuenta del desarrollo de diferentes tipos de actividades en el entorno inmediato.

Corresponde finalmente resaltar que, durante la visita a terreno decretada por la autoridad ambiental, nuestra perito arqueóloga, describió cada uno de los conchales dejando en evidencia que el más grande se encuentra afecto a los embates generados por el viento costero e hizo referencia también de la intervención reciente por delitos que están siendo investigados por la fiscalía regional.

Consecuente, con los informes aportados , la visita a terreno efectuada recientemente el pasado 16 de diciembre y el valioso informe del denunciante I Municipalidad del Tabo, ha quedado de manifiesto que los conchales perturbados existente en el sector C del Fundo Santa Margarita, forman parte de un número mayor de hallazgos arqueológicos obtenidos de líneas de base de Estudios de Impacto Ambiental evaluados en el litoral de la V Región,

por tanto no “exclusivo” y su perturbación se sigue generando por acciones ajenas a todas las medidas implementadas por mi representada, siendo el arrastre eólico y las condiciones climáticas costeras variables importantes de su deterioro, desde mucho antes de cualquier eventual impacto que pudiese atribuírsenos.

V. Presunto daño ambiental irreparable

Sobre el particular y como tuvimos oportunidad de acompañar al presentar los descargos, con la jurisprudencia acompañada en caso rol C- 3763-2002 “CDE con CLAMAMI, la significancia del menoscabo medio ambiente o a uno o más de sus componentes se encuentra regulado a nivel nacional e internacional por el Derecho Común, existiendo a su respecto regímenes de responsabilidad objetivos o de responsabilidad por riesgos o también denominados estrictos, contenidos en estatutos y convenios internacionales, como la Ley de Seguridad Nuclear, la Ley de Navegación o los convenios sobre aeronavegación regulados en el Código Aeronáutico, y por otra parte los regímenes de responsabilidad donde se ha de probar los elementos que la constituyen, que desde la vigencia de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente estableció una presunción de culpabilidad bajo ciertos supuestos que presumen la culpa y algunas veces incluso la relación causal según ha dado cuanta profusa jurisprudencia incluso anterior a la instalación de los Tribunales Ambientales o de Judicatura especial.

Concordante con lo anterior, y específicamente en relación el video que refiere sobre ello, aportado por nosotros y que refiere a las ponencias de una Abogada especialista en materia procesal y un experto de la Universidad de Concepción, han sido lucidos en destacar **lo difícil que resulta probar la significancia del menoscabo o daño ambiental, por las dinámicas ecosistémicas y el progreso de la ciencia para poder acercarse y entender con precisión sus agentes causantes, sus implicancias legales y ecosistémicas.**

Respecto de la jurisprudencia “CDE con CLAMAMI” aportada en los descargos, resulta imperativo resaltar que, corresponde a un caso de daño ambiental por degradación del recurso suelo por extracción industrial de áridos en zona agrícola de la Región Metropolitana, ocasionado por una empresa minera que dijo extraer oro, donde las condiciones edafológicas no dan cuenta de su existencia, sino tan solo de una actividad regulada generadora de menoscabo significativo al medio ambiente que pasamos a exponer en los siguientes ámbitos:

- Degradación del suelo o modificación de su capacidad de uso.
- Contaminación acústica y atmosférica.

- incumplimiento de las zonificaciones de uso de suelo asignadas por el Plan Regulador de la Región metropolitana donde solo se permite la extracción de áridos de la caja de los Ríos Maipo y ciertos esteros en la forma que indica.

Conforme a lo anterior, la reparación “in natura” ordenada por el Tribunal Civil después de un proceso donde hubo una profusa prueba rendida (pericial, documental, testifical, confesional) y su apreciación conforme a la sana crítica y las máximas de experiencia el sentenciador constatando el menoscabo significativo ordeno:

- 1.- Confeccionar programa de recuperación de suelos degradados para devolver su capacidad de uso de clase VII a III apta para cultivo de frutales.
- 2.- Construir taludes para evitar para evitar derrumbes.
- 3.- Diseñar zanjas interceptoras de aguas lluvia en el perímetro del predio
- 4.- Reforestar taludes con plantas y especies nativas
- 5.- Diseñar e implementar un sistema de riego tecnificado.

Plan de reparación

Se encuentra regulado en el art 43 de la LO-SMA y señala que, sin perjuicio de las sanciones administrativas, notificada que sea el dictamen del superintendente, el infractor **“puede presentar voluntariamente”** ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por estudio técnico ambiental, debiendo el 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 “*

De los diversos instrumentos que dispuso el legislador favoreciendo el cumplimiento resulta consistente resaltar, que tanto la autodenuncia como el Programa de cumplimiento haya 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 y, por tanto, la SMA certificará su cumplimiento eximiendo la aplicación de multas, porque sería inconducente e inoficioso. 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 afectados, sino que a fondos generales que pudiesen financiar a Gendarmería o Instituto de la Juventud a modo solo ilustrativo.
- 3.- El contenido del plan se asemeja al contenido exigido para el ingreso a evaluación en el SEA donde puede existir participación e involucramiento ciudadano¹.

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 Estudios de Impacto Ambiental (EIA) considerados en la Ley 19.300. En efecto, y a modo ilustrativo realizamos a continuación un paralelo entre PDR y EIA:

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 denominarse “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 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,*

¹ Art 26 inciso antepenúltimo.

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 PDRA, 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.

En síntesis, se puede establecer de manera objetiva que **un PDRA 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 relación con este acápite corresponde analizar lo que la doctrina reciente sobre la temática de reparación administrativa ha señalado y que pasamos a exponer:

El plan de reparación ambiental (PDRA) se considera dentro de los llamados incentivos al cumplimiento, cuyo eje es la recuperación rápida y eficiente de los impactos irrogados por un particular o el Estado al medio ambiente con la finalidad de acometer acciones para recomponer las externalidades amagadas por la actividad antrópica. Consecuente con lo anterior, tanto la autodenuncia como el Plan de cumplimiento tienen ese propósito lo que ha sido reconocido por parte importante de la doctrina jurídica. Sin embargo, el plan de reparación no es eficaz a este respecto, ya que el texto expreso así lo establece el art 43 de la LOSMA ya que es facultativo o voluntario.

Este aserto también lo encontramos respecto del único caso que se ha presentado un Plan de reparación ambiental (PDRA) que correspondió a Minera Cardenilla, En que la minera fiscalizada a diferencia de mi representada, se le otorgó, no obstante imputársele daño irreversible, la posibilidad de presentar un de PDC, que aprobado coexistiendo con un PDRA que a esta fecha, sigue siendo evaluado por SEA habiendo transcurrido casi 24 meses desde su presentación, tiempo razonable y promedio que tarda la evaluación de la mayoría de los proyectos o sus modificaciones al interior del Servicio de Evaluación Ambiental, concluyendo con el acto administrativo terminal o licenciamiento ambiental conocido como Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

En suma y a modo de conclusión, lo anteriormente expuesto en estas páginas, nos lleva inequívocamente a confirmar que los impactos no son sólo producto de intervención antrópica sino también de variables multisistémicas como la climatológica, la estrechez hídrica producto del Calentamiento Global y también dinámica ecosistémica,

permitiéndonos afirmar que existiendo impactos negativos, ellos fueron subsanados por mi representada como el equipo de la SMA pudo constatar en visita a terreno efectuada el mes pasado. Consecuentemente, **reparado los componentes amagados, hoy no hay sustento técnico para afirmar que hubo daño significativo al medio ambiente que técnica y legalmente coloque a mi representada en la obligación de llevar a cabo la presentación y posterior aprobación de PDRA.**

Finalmente es atingente reproducir el siguiente aporte doctrinario: ***“la limitación de la responsabilidad ambiental no fue estructurarse sobre la base del límite que debe entenderse por medio ambiente, que según el art 2 letra II de la LBGMA, es un concepto muy amplio, sino por la vía de considerar que jurídicamente existe responsabilidad solo cuando el daño sea significativo, lo que es igual a que sea de importancia considerable.”*** Fundamento de Derecho Ambiental (2014 Edición Universidad de Valparaíso pág. 401 del Doctor en Derecho Jorge Bermúdez Soto).

Por tanto, se solicita a Ud. tener por observada la prueba rendida y evaluada que sea en su mérito conforme a las máximas de experiencia exigible respecto de la tasación de la prueba en contexto de sana crítica, declarar que el presunto daño ambiental es reversible según todos los medios aportados y constatados en la visita realizada el 16 de diciembre de 2021 y solo informar al Superintendente que procederá una multa en función de los elementos objetivos que en derecho correspondan.

OTROSÍ: Sírvase tener por acompañado el siguiente documento.

- Decreto Supremo 176 del Ministerio d obras publica que declara zona de escasez hídrica las provincias de San Antonio y Valparaíso, D. Of: 25/08/ del Daño Ambiental.



