

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Santiago, 13 de enero de 2021.

Resolviendo la solicitud de fojas 94:

A LO PRINCIPAL:

VISTOS

1. Que la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA" o la "solicitante") ocurre ante el Tribunal y solicita que se le autorice imponer la medida provisional del literal d) del artículo 48 de Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "LOSMA"), consistente en la 'detención del funcionamiento' de la ejecución del proyecto de Loteo desarrollado por Inversiones Lampa SpA, representada legalmente por don Danyelo Oteiza Aguirre, en calle Los Acacios S/N Lote 114B, comuna de Lampa, Región Metropolitana (en adelante, "Inversiones Lampa" o "el Titular"), por el plazo de 15 días hábiles.

2. Que la SMA argumenta que Inversiones Lampa realiza un proyecto de loteo de predios. En particular, las actividades consisten en: instalación de cerco perimetral, relleno de zonas, demarcación de lotes e instalación de módulos de venta, en una zona de aproximadamente 8,8 hectáreas. Agrega que el Proyecto se emplaza en un sector del Humedal Puente Negro, que es parte del Sitio Prioritario Humedal de Batuco, reconocido en la Estrategia Regional para la Conservación de la Biodiversidad de la Región Metropolitana de Santiago 2015-2025, y que es hábitat de la especie Becacina pintada ("*Nycticryphes semicollaris*"), ave clasificada 'en peligro' en el 15° proceso de clasificación de especies del Ministerio del Medio Ambiente, aprobado y oficializado mediante Decreto Supremo Nº 23/2019 del Ministerio del Medio Ambiente, de 30 de julio de 2019.

3. Que la actividad realizada por Inversiones Lampa, conforme indica la SMA, no ha sido evaluada ambientalmente, lo que se desprende de la revisión de antecedentes que realizó a partir de la información pública de ingresos y pertinencias disponible en la web del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, "SEA"). Asimismo, a juicio de la SMA, tal omisión de ingreso a evaluación ambiental configura un supuesto de elusión ya que la actividad consiste en un proyecto inmobiliario que se ejecuta en una zona declarada como saturada y se emplaza en una superficie igual o superior a 7 hectáreas, establecida como de ingreso obligatorio al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA").

4. Que, agrega la solicitante, la Corporación Red de Observadores de Aves de Chile presentó ante ella una denuncia el 5 de septiembre de 2019 contra Inversiones Lampa, debido a que la actividad inmobiliaria desarrollada en parte del humedal Puente Negro, no se había sometido al SEIA ni contaba con permiso alguno. A raíz de la denuncia, la SMA afirma haber efectuado tres visitas inspectivas al lugar, con fechas 4 de junio, 9 de octubre, y 23 de diciembre, todas del año 2020, verificando que se encontraba en ejecución un proyecto de loteo en una superficie de aproximadamente 8,8 hectáreas.

5. Que la Superintendencia señala además que notificó al Titular la inspección de 4 de junio de 2020, requiriéndole información, sin respuesta a la fecha. Asimismo, el 21 de septiembre de 2020, mediante Resolución exenta N° 1855, requirió a Inversiones Lampa para que ingresara su proyecto al SEIA, sin que ello haya sucedido hasta la fecha.

6. Que la solicitud de la SMA fundamenta la existencia de un peligro inminente para el medio ambiente en la circunstancia que el Humedal Puente Negro es parte del Sitio Prioritario Humedal de Batuco, reconocido en la Estrategia Regional para la Conservación de la Biodiversidad de la Región Metropolitana de Santiago 2015-2025. La importancia de este humedal radicaría en que, junto con los humedales del sector norte de la Región Metropolitana, forman parte de la red de humedales del Sitio Prioritario Humedal de Batuco, de importancia ecosistémica para la región, por la presencia de la avifauna que los habita, en especial, la Becacina pintada.

7. Que concluye la solicitante señalando que *“... el avance de las obras del Proyecto, en particular el aumento de las zonas intervenidas, constatadas en avance durante este año 2020, genera una pérdida de superficie en el humedal y en sus inmediaciones, lo que se traduce en la pérdida y perturbación del hábitat para la avifauna que resulta crítico en el caso de la Becacina pintada, cuya presencia es particularmente relevante en el sector. Lo anterior, constituye un daño inminente al medio ambiente que puede agravarse en caso de continuar la ejecución del proyecto en las mismas”*.

8. Que, en el contexto antes referido es que la SMA concurre ante esta judicatura solicitando la detención del funcionamiento de Inversiones Lampa SpA, como medida provisional preprocedimental, para lo cual acompañó los siguientes antecedentes: (i) Copia de Expediente de Requerimiento de Ingreso REQ-036-2020; (ii) Copia de Expediente de Denuncia ID 362-XII-2019, y (iii) Certificado de Ministro de Fe, de 11 de enero de 2021.

CONSIDERANDO:

Primero. Que el análisis de la presente solicitud debe sujetarse, en la forma, a lo dispuesto en el artículo 48 de la LOSMA; en los artículos 17 N° 4 y 32 de la Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600"); en el Acta N° 22, de 4 de marzo de 2013, sobre funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental; y, en el Acta Ordinaria N° 24, de 6 de marzo de 2013, sobre régimen de turno para solicitudes de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por el Acta Ordinaria N° 73, de 24 de julio de 2020.

Segundo. Que debe tenerse presente asimismo lo dispuesto en el artículo 47 de la LOSMA: *"El procedimiento administrativo sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia"* y agrega su inciso final: *"La denuncia formulada conforme al inciso anterior originará un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente"*. Luego, el artículo 48 de la LOSMA establece que: *"Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objetivo de evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o*

algunas de las siguientes medidas provisionales: d) Detención del funcionamiento de las instalaciones ...", medidas que, además, "... podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40..." y que "En el caso de las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e), la Superintendencia deberá obtener la autorización previa del Tribunal Ambiental".

Tercero. Que, a la luz del precepto reproducido en el considerando precedente, ha de establecerse desde ya que la medida provisional solicitada por la SMA no tiene carácter preprocedimental, ya que la denuncia efectuada por la Corporación Red de Observadores de Aves de Chile, según informa la propia SMA, dio origen a un procedimiento sancionatorio, el cual se encontraría en fase de iniciación, previo a la formulación de cargos que da inicio a la fase de instrucción. En tal sentido, ha señalado la doctrina que: *"Al igual que el procedimiento administrativo general, el sancionador consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización"* (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2a ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016. p. 503); contemplando el mismo autor como forma de iniciación del procedimiento administrativo sancionador la denuncia, citando el inciso primero del artículo 47 de la LOSMA. El parecer de este Ministro es que revistiendo dicha denuncia seriedad y plausibilidad, lo cual fue corroborado con las diligencias posteriormente ordenadas, el procedimiento administrativo sancionatorio se encuentra iniciado, lo que se corrobora con los antecedentes que motivaron a la SMA solicitar la autorización de medida provisional. En cualquier caso, la situación descrita no es óbice para que este Ministro entre al fondo de la solicitud planteada y resuelva en consecuencia, más allá de si dichas medidas son preprocedimentales o procedimentales, dado que ambas se encuentran regidas por el artículo 48 de la LOSMA.

Cuarto. Que, en términos generales, las medidas provisionales cautelares exigen la existencia del "humo de buen derecho", "peligro en la demora" y de proporcionalidad con los riesgos o peligros que fundamentan su adopción. Señala la doctrina: *"Las medidas*

provisionales son consideradas como un tipo de medidas cautelares o bien como providencias de urgencia, cuyos requisitos pueden agruparse en: a) periculum in mora o la existencia de daño inminente; b) fumus boni iuris o apariencia de buen derecho o apariencia de la comisión de una infracción y, finalmente, c) proporcionalidad" (BORDALI SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván. *El Contencioso Administrativo Ambiental*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2017. p. 355).

Quinto. Que, respecto a los requisitos de fondo indicados, de lo expuesto resulta claro que el elemento esencial para la dictación de medidas provisionales es la inminencia de daño al medio ambiente o a la salud de las personas.

Sexto. Que, para este Ministro, la exigencia de daño inminente no equivale al concepto de daño ambiental del literal e) del artículo 2° de la Ley N° 19.300, y se relaciona con la existencia de un riesgo ambiental, como ha sostenido este Tribunal (Rol N° 44-2014, de 4 de diciembre de 2015, c. 56; Rol R N° 97-2016). En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que: *"La expresión 'daño inminente' utilizada por el precepto, a la luz de la naturaleza cautelar de las medidas provisionales, se identifica más bien con un riesgo ambiental, constituyendo una de las expresiones del principio precautorio. La precisión anterior resulta de la mayor importancia, en tanto los parámetros para la evaluación de este riesgo ambiental no resultan tan rígidos como aquellos que determinan el daño ambiental"* (Corte Suprema, Rol N° 61.291-2016, de 24 de abril de 2017, c. 14)

Séptimo. Que, con respecto a la supuesta elusión al SEIA, debe tomarse en cuenta que el SEIA es precisamente el instrumento que busca predecir y abordar debidamente las consecuencias que un proyecto puede generar en el medio ambiente, de modo que sus efectos se ajusten a la normativa vigente. Así, la ejecución de un proyecto o actividad sin la evaluación ambiental en el marco del SEIA, tratándose de una tipología de proyecto establecida legal y reglamentariamente (artículo 3 letra h.1.3 del D.S. N° 40/2012 del MMA) constituye la *quintaesencia* del riesgo ambiental de actividades humanas cuyas implicancias y alcances se desconocen.

Octavo. Que, a mayor abundamiento, la aplicación del SEIA constituye la materialización del Principio Preventivo, el que exige atender las causas y fuentes de los problemas ambientales: "[...] *en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir*"; criterio que "[...] *prevalecerá entonces, sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del medio ambiente y los recursos naturales*"; implicando que "*Se debe prevenir la consumación del daño, y no actuar solamente sobre la reparación de los efectos perjudiciales, disponiendo incluso la paralización de los efectos dañinos*" (Declaración sobre Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sostenible, aprobado por la XIX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, desarrollada en Quito, Ecuador, los días 18, 19 y 20 de abril de 2018. P. 142).

Noveno. Que, por tanto, de los antecedentes acompañados por la SMA, a saber, el Expediente de Requerimiento de Ingreso REQ-036-2020 y el Expediente de Denuncia ID 362-XII-2019, y de la falta de respuesta de Inversiones Lampa frente a sus requerimientos, se verifica la existencia de un "humo de buen derecho", produciéndose una hipótesis de elusión al SEIA por la actividad de loteo de predios desarrollada por dicha empresa.

Decimo. Que, por otro lado, el proyecto se desarrollaría en parte del humedal Puente Negro, el que forma parte de la red de humedales del Sitio Prioritario Humedal de Batuco, reconocido a su vez en la Estrategia Regional para la Conservación de la Biodiversidad de la Región Metropolitana de Santiago 2015-2025, lo que deja en evidencia que se trata de un territorio con valor ambiental. Lo anterior generaría un riesgo inminente para el medio ambiente, atendida la falta de establecimiento de medidas para sus posibles impactos o efectos.

Decimoprimer. Que, en este sentido, la intervención del humedal Puente Negro puede generar pérdida de superficie del mismo y sus inmediaciones, y con ello, del hábitat para la Becacina pintada, respecto de lo cual resulta relevante el contenido del Informe Técnico de Fiscalización Ambiental, Loteo Inversiones Lampa SpA, DFZ-2020-2474-XIII-SRCA, de septiembre de 2020.

Decimosegundo. Que, asimismo, se cumple con la exigencia de concurrir un peligro en la demora, pues la realización de una actividad que genera pérdida del área de un humedal constituye una situación que requiere una respuesta oportuna por parte de la autoridad competente, como es la adopción de una medida cautelar de detención de funcionamiento, más aún si se considera la inactividad del Titular frente a los requerimientos de la autoridad.

Decimotercero. Que, desde el punto de vista de la proporcionalidad, esta ha sido definida por la doctrina como “[...] *un mecanismo al servicio del juzgador que persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales y otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada -no excesiva- respecto al fin que se persigue*” (Carpizo, Jorge, El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 125, mayo-agosto, 2009, p. 757). El Tribunal Constitucional señaló a este respecto *“Que el test de proporcionalidad es un mecanismo interpretativo que permite racionalizar el control normativo que acredita que una relación entre el fin previsto por el legislador y los medios dispuestos para lograrlo respetan los derechos fundamentales. El test permite controlar al legislador y también la actividad interpretativa de quién juzga. Lo contrario sería entender que el término proporcional o desproporcional en boca de un juez es un juicio de valor cuando debe ser un juicio de razón”* (Sentencia en autos Rol 2922-2015, de 29 de septiembre de 2016). En tal sentido, la detención de funcionamiento en el caso en estudio resulta una medida proporcional con el riesgo identificado por la solicitante, dado que, como se adelantó, se desconocen los efectos de la ejecución de un proyecto de estas características en el medio ambiente, y que la naturaleza preventiva del SEIA exige justamente, conforme al artículo 8 de la Ley N° 19.300, que los proyectos o actividades sean evaluados ambientalmente en forma previa a su desarrollo, lo que no ha ocurrido en la especie.

Decimocuarto. Que, en tal sentido, este Ministro tiene en especial consideración el valor ambiental que aparece tener el humedal Puente Negro como parte del Sitio Prioritario

Humedal de Batuco, reconocido en la Estrategia Regional para la Conservación de la Biodiversidad de la Región Metropolitana de Santiago 2015-2025, en particular, para el hábitat de una especie amenazada como la Becacina pintada.

Decimoquinto. Que, por último, pero no menos relevante como antecedente, la contumacia con que ha demostrado actuar el Titular, haciendo caso omiso de requerimientos de ingreso y de información de la SMA, e incluso llegando a dificultar las acciones de fiscalización por ella realizadas, ratifican que la detención de funcionamiento constituye una medida idónea a los riesgos que se ciernen sobre el medio ambiente en cuestión.

Decimosexto. Que, habiéndose acreditado el daño inminente al componente ambiental indicado, sumado al cumplimiento de los restantes requisitos de procedencia de medidas provisionales, este Ministro concluye que la adopción de la medida provisional solicitada se encuentra debidamente motivada, por lo que se dará lugar a ella.

POR TANTO, en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos,

SE AUTORIZA la medida provisional, en carácter de procedimental, contenida en la letra d) del artículo 48 de la LOSMA, esto es, “detención de funcionamiento” del proyecto de Loteo inmobiliario que se ejecuta por Inversiones Lampa SpA en parte del humedal Puente Negro, comuna de Lampa, Región de Valparaíso, **por el plazo de 15 días hábiles**.

SE HACE PRESENTE que, en caso de solicitar la renovación de la medida, deberá acompañarse por la SMA el informe previo del SEA a que hace referencia la LOSMA para los casos de requerimiento de ingreso.

Al primer otrosí, téngase por acompañados los documentos; **al segundo otrosí**, como se pide a la forma de notificación solicitada, regístrense las direcciones de correo electrónico en el sistema computacional del Tribunal; **al tercer otrosí**, téngase presente y por acompañado el documento; **al cuarto otrosí**, téngase presente.

Notifíquese por el estado diario, y por correo electrónico a la SMA.

Rol S N° 70-2021.

Pronunciada por el Ministro Sr. Alejandro Ruiz Fabres.

En Santiago, a 13 de enero de 2021, autoriza el Secretario (S) del Tribunal, Sr. Ricardo Pérez Guzmán, notificando por el estado diario la resolución precedente.