

30-06-2022

CHILE

MATERIA : RECLAMACIÓN ART.17 N° 8) LEY 20.600
PROCEDIMIENTO : RECLAMACIÓN LEY 20.600

RECLAMANTES : 1. CRISTÓBAL WEBER MCKAY
2. FRANCES FENDALL PARKINSON

ABOGADO PATROCINANTE : RODRIGO HERNÁN MENESES TAPIA
C.N.I. N° : 13.261.983-2

RECLAMADO : SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
SUPERINTENDENTE (S) DEL MEDIO AMBIENTE : EMANUEL IBARRA SOTO
DOMICILIO : TEATINOS 280, PISO 8, SANTIAGO, REGIÓN METROPOLITANA

EN LO PRINCIPAL: Reclamación por el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Representación; **TERCER OTROSÍ:** Forma de notificación.

Ilustre Tercer Tribunal Ambiental

RODRIGO HERNÁN MENESES TAPIA, chileno, casado, abogado, Cédula Nacional de Identidad número 13.261.983-2; domiciliado para estos efectos en calle Riquelme número 438, comuna y ciudad de Coyhaique, Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; en representación, según se acreditará en un otrosí de esta presentación, de **CRISTÓBAL WEBER MCKAY**, chileno, Cédula Nacional de Identidad número 17.318.818-8, Ingeniero Agrónomo, soltero, domiciliado en Sector Los Maquis sin número, comuna de Chile Chico, Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; y **FRANCES FENDALL PARKINSON**, Estadounidense, Cédula Nacional de Identidad para extranjeros número 26.775.398-9, traductora, soltera, domiciliada para estos efectos en Sector Los Maquis sin número, Comuna de Chile Chico, Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; a S.S. Ilustre respetuosamente digo:

Que, por la presente, vengo en deducir recurso de Reclamación – de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en relación con el artículo 17 número 3 Ley número 20.600 –; en contra de la Resolución Exenta número 850 del 06 de junio de 2022, dictada por el

Superintendente (s) del Medio Ambiente, don EMANUEL IBARRA SOTO. Acto administrativo por medio del cual la Superintendencia del Medio Ambiente decidió requerir de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no iniciar un procedimiento sancionatorio en contra del proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis” de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.

Recurrimos en contra de la Resolución Exenta referida, solo en cuanto determinó no iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. por haber eludido el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental con ocasión de las faenas constructivas de su proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis”. Al efecto, y de acuerdo con el tenor de la denuncia interpuesta por estos Reclamantes, la Reclamada ha estimado que el proyecto en cuestión no ha cometido una infracción conforme a lo prescrito por el artículo 35 letra b) de la Ley número 20.417.

I. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, LEGITIMACIÓN ACTIVA, COMPETENCIA Y PLAZO

De acuerdo al artículo 17 número 3 de la Ley número 20.600, los Tribunales Ambientales cuentan con competencia material o absoluta para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente; ello, en armonía con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; como ocurre en la especie.

En cuanto a la competencia territorial, el mismo artículo 17 número 3 de la Ley que crea los Tribunales Ambientales, dispone que es competente para conocer de esta clase de reclamaciones “[...] *el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción*”. Así, es del caso tener presente que este Tercer Tribunal Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20.600, cuenta con competencia territorial en la Región de Aysén; precisamente en la región donde se emplaza el proyecto “*Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis*” de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.

Respecto de la legitimación activa de los reclamantes, todos ellos fueron denunciante de los hechos que se expondrán, denuncia que, en primer lugar se archivó y que, luego de un reclamo de ilegalidad conocido y resuelto por este Ilustre Tribunal, derivó en el inicio del procedimiento de requerimiento de ingreso, que ha culminado con la resolución reclamada. Luego, según lo dispone el artículo 18 N°3 de la Ley N°20.600, como denunciante, estos reclamantes son personas naturales directamente afectadas por la resolución que se reclama y por ello tienen la legitimación que les habilita a impugnarla ante este Ilustre Tribunal, en cuanto por ella, la Superintendencia del Medio Ambiente ha decidido no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador en

contra de la empresa denunciada, pese a lo expresa y reiteradamente requerido por mis representados a la reclamada de autos.

Finalmente, la presente acción se interpone dentro del plazo legal dispuesto en el inciso primero del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, toda vez que mis representados fueron notificados del acto administrativo reclamado – vía correo electrónico – con fecha 07 de junio de 2022.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Resulta pertinente partir teniendo presente que, durante el primer trimestre del año 2020, la empresa OBE Chile inició las faenas de construcción del proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.; obras que, luego de permanecer paralizadas desde fines del mes de marzo de 2020 – por la expansión y efectos de la Pandemia COVID-19 y la oposición al proyecto de parte de la comunidad local – fueron reiniciadas durante el mes de enero del año 2021.

En razón de lo anterior, considerando que el proyecto consiste en la **construcción de una central hidroeléctrica al interior de un Área puesta bajo protección oficial, resultando aplicable lo prescrito por los artículos 8 y 10 letra p) de la Ley número 19.300**; el 18 de marzo del año 2020, habitantes de la localidad de Puerto Guadal, entre los que se encuentran los reclamantes de autos, presentaron denuncia ante la Superintendencia del Medio Ambiente – de conformidad con lo prescrito por los artículos 21 y 47 inciso tercero de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente – requiriendo expresamente el inicio de un procedimiento sancionatorio en contra de Edelaysén S.A. por la infracción contenida en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, esto es, **por la ejecución de un proyecto o actividad para los cuales la Ley exige una Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella.**

Como se aprecia, no puede sino concluirse que nos encontramos frente a un proyecto que debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previo al inicio de su fase de construcción; ello, al serle absoluta e incuestionablemente aplicable lo prescrito por la letra p) del artículo 10 de la Ley número 19.300 y 3 letra p) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En atención de todo lo anterior, no caben dudas que nos encontramos frente a un proyecto o actividad que se encuentra en actual ejecución sin contar con Resolución de Calificación Ambiental, debiendo haberla obtenido. Circunstancia que satisface los requerimientos del hecho infraccional contenido en la letra b) del artículo 35 de la Ley Orgánica de esta Superintendencia del Medio Ambiente.

POR TANTO, en razón de lo expuesto, normativa citada y demás disposiciones aplicables en la especie;

A ESTA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE RESPETUOSAMENTE PLEDIMOS; se sirva tener por interpuesta la presente denuncia en contra de la Empresa Eléctrica de Aysén S.A., por la actual ejecución de su proyecto “*Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis*” sin la debida Resolución de Calificación Ambiental; acogerla a tramitación y, luego de los trámites de rigor, formular cargos en procedimiento sancionatorio en contra de la denunciada, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, imponiendo las sanciones que resulten ajustadas a la Ley.

Fuente: Denuncia del 18 de marzo de 2020,
ID: 8-XI-2020

Denuncia que, según se comunicó por medio del **Oficio Ordinario número 30 del 30 de marzo de 2020** de la Superintendencia del Medio Ambiente, fue ingresada al Sistema de Denuncias bajo el número de caso **ID: 8-XI-2020**.

Ahora bien, **con fecha 7 de diciembre de 2020 la Superintendencia del Medio Ambiente emitió su Resolución Exenta número 2423**; acto administrativo por medio del cual decidió archivar denuncia previamente singularizada, sosteniendo que el proyecto en cuestión NO debía ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental:

“RESUELVO:

1: ARCHIVAR la denuncia de fecha 18 de marzo de 2020, presentado por don Cristóbal Weber Mckay y otros, en contra del proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis”, de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., **dado que no se pudo verificar que se encuentre en una hipótesis de elusión de ingreso al SEIA, ni en incumplimiento de alguna otra normativa ambiental que corresponda conocer a la SMA.”** (Énfasis añadido).

Fuente: Resolución Exenta número 2423/2020 Superintendencia del Medio Ambiente

En contra de la referida resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente, de conformidad con lo prescrito por el artículo 56 de su Ley Orgánica, en relación con lo dispuesto por el artículo 17 número 3) de la Ley número 20.600; el 26 de diciembre del año 2020, se dedujo Reclamo ante el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, dando origen a los autos **RIT R-44-2020**.

POR TANTO; en razón de lo expuesto, normativa citada y demás disposiciones aplicables a la materia;

A S.S. ILUSTRE RESPETUOSAMENTE PIDO; se sirva tener por interpuesta Reclamación en contra de la Resolución Exenta número 2423/2020, dictada por el Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente, don Emanuel Ibarra Soto, por medio del cual la Superintendencia del Medio Ambiente decidió archivar denuncia presentada – entre otros – por los Reclamantes, en contra del proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis” de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.; acogerla a tramitación y, previo cumplimiento de los trámites de rigor, en definitiva disponer:

1. Que se deja sin efecto la Resolución Exenta número 2423 del 07 de diciembre de 2020, dictada por el Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente, don Emanuel Ibarra Soto;
2. Que, se ordena a la Superintendencia del Medio Ambiente, iniciar procedimiento sancionatorio en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., por la infracción contenida en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente;
3. Que, se ordene, por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, a la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. haga ingreso de su proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis” al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 10 letra p) de la Ley número 19.300 y 3 letra p) del Reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental;
4. Con expresa condena en costas de la reclamada.

Fuente: Reclamo del 26 de diciembre de 2020, RIT R-44-2020 del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental

El referido Reclamo, fue resuelto por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental por **sentencia dictada el 8 de octubre de 2021**, por medio de la cual decidió **ACOGER** el reclamo deducido y **ANULAR** la Resolución Exenta número 2423 del 7 de diciembre de 2020, dictada por don Emanuel Ibarra Soto, Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente, “[...] *por no conformarse con la normativa vigente...*”.

En efecto, en dicha sentencia, este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental acogió cada uno de los argumentos sostenidos por los reclamantes:

- a) **Que la Zona de Interés Turístico Chelenko tiene por objeto la preservación y conservación de los atributos ambientales que se encuentran ubicados dentro del territorio definido como tal; constituyendo un Área puesta bajo protección oficial para los efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental**

DECIMOCUARTO. *Que, a continuación, cabe determinar cuál es el objeto de protección de la ZOIT Chelenko con relación a dicho elemento que constituye un atractivo turístico que le confiere valor al paisaje. Para ello, es necesario analizar las disposiciones sobre la materia, contenidas en la Ley N° 20.423 y su Reglamento, así como el Plan de Acción de la ZOIT Chelenko. Del mismo modo, es pertinente atender a las afirmaciones de los servicios públicos intervinientes en sede administrativa.*

DECIMOQUINTO. *Que, según la Ley N° 20.423 y su Reglamento (D.S. N° 30/2016), las Zonas de Interés Turístico son territorios declarados conforme a la normativa, que reúnen condiciones especiales para la atracción turística y que requieren medidas de conservación y una planificación integrada para focalizar las inversiones del sector público y/o promover las inversiones del sector privado. Este Tribunal ya consideró que: «(...) al estar destinadas a la focalización y/o promoción de inversiones, las ZOIT no tendrían como finalidad la protección del medio ambiente. Lo anterior las excluye del conjunto de “áreas protegidas” a que hace mención el art. 11 letra b) de la Ley 19.300, sin perjuicio de su consideración como “áreas colocadas bajo la protección oficial” para efectos de verificar el ingreso de proyectos o actividades al SEIA» (Sentencia Rol N° R-11-2020, Considerando Centésimo). Esta definición debe complementarse con la letra b) del art. 1° del D.S. N° 30/2016, que indica que son condiciones especiales para el interés turístico la «presencia de atractivos naturales, antrópicos y/o culturales, singularidad de paisaje o belleza escénica capaz de atraer flujo de visitantes»; y con la letra c) de dicho articulado, que define «atractivo turístico» como «elementos determinantes para motivar, **por sí solos o en combinación con otros**, la elección del destino de la actividad turística» (destacado del Tribunal).*

[...] **DECIMOCTAVO.** Que, de lo anterior, se desprende que la declaratoria de la ZOIT Chelenko tuvo por finalidad conservar el patrimonio ambiental señalado previamente (aguas prístinas, paisajes, riqueza geológica y arqueológica) en un instrumento de gestión turística que, a partir de un modelo de gobernanza público privada, diagnosticó y planificó acciones para promover el desarrollo turístico en dicho territorio. Es así como, a partir de la identificación de determinados componentes del medio ambiente vinculados a la oferta turística, prestadores de servicios turísticos y la demanda turística actual, se realizó un diagnóstico estratégico y una propuesta de desarrollo turístico.

Fuente: Sentencia Ilustre Tercer Tribunal Ambiental del 8 de octubre de 2021, R-44-2020, (Énfasis añadido).

b) Que la Cascada Los Maquis, sus sistemas de caídas de agua, pozones y zonas aledañas, forman parte del objeto de protección de la Zona de Interés Turístico “Chelenko”

VIGÉSIMO. Que además, de los antecedentes expuestos, es posible establecer que más allá de que la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones no aparezca mencionada expresamente en el Plan de Acción de la ZOIT, se trata de un elemento ambiental que se emplaza al interior de dicho territorio y que ha sido relevado por la autoridad competente en la materia (Sernatur) como parte de su objeto de protección, durante la sustanciación del procedimiento administrativo motivado por posible elusión al SEIA (fs. 710 a fs. 714 y fs. 715 a fs. 717). A mayor abundamiento, se trata de una caída de agua que desemboca en el Lago General Carrera, ícono territorial en torno al cual se indica que existen recursos naturales que constituyen uno de los principales motivos para la visita de turistas a la zona (Plan de Acción ZOIT, p. 3) que se encuentra identificado en el Decreto de la ZOIT y su Plan de Acción (p. 8) en la categoría de sitio natural de jerarquía internacional y con condiciones especiales para la atracción turística.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, la definición que el Reglamento hace del instrumento denominado «Plan de Acción», en su artículo 1°, letra j), no contiene referencia alguna a que este plan de acción ni las iniciativas específicas a implementar en la ZOIT orientadas al desarrollo sustentable del turismo que éste considere, deban contener una enumeración taxativa o restrictiva sobre los objetos de protección en que deban recaer. En consecuencia, la enumeración que dicho instrumento haga de la oferta turística, o de los respectivos objetos de protección que son relevados por ella dentro de una ZOIT, no puede considerarse de número cerrado, como si lo que allí no se exprese no esté protegido debidamente; máxime si un determinado elemento se encuentra dentro del territorio establecido como objeto de la declaratoria. Lo anterior, obedece a que los planes de acción impresionan más bien como instrumentos de carácter flexible y dinámico, concordantes con el

desarrollo de la actividad turística del país, que constante y progresivamente van modificándose e incorporando nuevos atractivos turísticos dignos de ser protegidos y promovidos para la actividad turística en un territorio determinado.

VIGÉSIMO SEGUNDO. *Que, en consecuencia, debe entenderse que en la ZOIT Chelenko se encuentra comprendida, como objeto de protección, la cascada Los Maquis y su entorno de pozones, correspondiendo en consecuencia analizar los motivos invocados por la SMA para descartar el ingreso del proyecto al SEIA.*

Fuente: Sentencia Ilustre Tercer Tribunal Ambiental del 8 de octubre de 2021, R-44-2020, (Énfasis añadido).

- c) Que el proyecto de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. es susceptible de afectar la Zona de Interés Turístico Chelenko siendo, por tanto, necesario que éste ingrese al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de conformidad con lo prescrito por el artículo 10 letra p) de la Ley número 19.300

VIGÉSIMO NOVENO. *Que, a este respecto, tal como ha resuelto este Tribunal, el catálogo del art. 10 de la LBGMA, regulado detalladamente en el art. 3 del RSEIA, consiste en el diseño «en base a una tipología de proyectos o actividades a los que el legislador le asocia, como una verdadera presunción de derecho, la generación de impactos de diferentes características e intensidades. Esto quiere decir que el legislador hace una ponderación previa, considerando que cierta clase de proyectos por su propia naturaleza, son susceptibles de causar impactos ambientales en cualquiera de sus etapas» (Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R-78-2018, Considerando Trigésimo Noveno). Es decir, constatado que un proyecto o actividad se encuentra comprendido en dicho catálogo y que este sea susceptible de afectación a componentes ambientales, el regulador se encuentra en la obligación de ordenar su sometimiento al referido sistema, materializando de este modo el principio preventivo que lo inspira.”.*

CUADRAGÉSIMO. Que, a la luz de la descripción del proyecto hecha por el titular, se aprecia que la sola extracción de parte del caudal en el cauce del brazo este del río Los Maquis y su posterior restitución aguas abajo, luego de haber pasado estas aguas por las tuberías y casa de máquinas de la central hidroeléctrica; es un hecho que por sí mismo basta para establecer la susceptibilidad de afectación a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y con ello a la ZOIT. Lo anterior se funda en que tales obras traen consigo una alteración de carácter permanente del mismo, debido a la disminución del caudal que ingresa al sector de pozones y la cascada, elemento principal de este atractivo turístico. Amén de ello, y con motivo de esta extracción, el titular se ha comprometido a medir y mantener lo que ha denominado un «caudal escénico» o «caudal paisajístico» de 366 l/s (a modo ejemplar, algunos de los términos usados por el titular a fs. 154, 158, 162, 164, 168, 171, 173, 220, 229, 469, 670 y 752), al cual se le inyectaría aire para mantener el esponjamiento visual de la caída de agua. Este solo compromiso voluntario, da cuenta de una acción de compensación a un elemento del ambiente, que forma parte de los objetos de protección del área colocada bajo protección oficial, y que impresiona al menos como susceptible de ser afectado por el proyecto; puesto que de no mediar tal esponjamiento en el caudal escénico, el salto de agua podría verse perjudicado en su atractivo original. Adicionalmente, las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas, así como el trazado del camino en zig zag que se cubrirá con una capa vegetal no son obras temporales; sino que se trata de obras de carácter permanente que, por su vocación, y junto con el caudal escénico, deben ser ambientalmente evaluadas. De este modo, no es efectivo lo sostenido por la SMA en la Resolución Reclamada, en cuanto a que el Proyecto no es susceptible de afectar la ZOIT Chelenko y que, consecuentemente, no requiere de evaluación ambiental previa, al no encontrarse dentro de ninguna de las circunstancias del art. 10 de la Ley N° 19.300 (fs. 833).

Fuente: Sentencia Ilustre Tercer Tribunal Ambiental del 8 de octubre de 2021, R-44-2020, (Énfasis añadido).

De todo lo anteriormente citado, no puede sino concluirse que el Tercer Tribunal Ambiental ha dejado clara e indubitadamente establecido que el proyecto hidroeléctrico “Los Maquis” de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; ello, al resultarle incuestionablemente aplicable lo prescrito por el artículo 8 de la Ley número 19.300, en relación con el artículo 10 letra p) del mismo texto normativo y 3 letra p) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Ahora bien, por medio de su **Resolución Exenta número 223 del 15 de febrero de 2022**, la Superintendencia del Medio Ambiente decidió dar inicio a un procedimiento

de Requerimiento de Ingreso al SEIA¹ respecto del proyecto de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.; ello, en tanto “[...] *la SMA concluye que el objeto de protección de la declaración de la ZOIT Chelenko es susceptible de ser afectado por la ejecución del proyecto, haciendo aplicable el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300 para exigir su sometimiento al SEIA.*”².

VII. CONCLUSIÓN

53° En consecuencia, se concluye que el proyecto se encontraría en una hipótesis de elusión según lo dispuesto en el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300, por lo que corresponde dictar una resolución a fin de dar inicio a un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA en contra del titular por la ejecución del proyecto.

Fuente: Resolución Exenta número 223/2022 Superintendencia del Medio Ambiente, procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA REQ-005-2022.

Cabe anotar que, por medio del referido acto administrativo y de acuerdo con lo expresamente exigido por el artículo 3° letra i) de su Ley Orgánica; la Superintendencia del Medio Ambiente igualmente decidió oficiar al Servicio de Evaluación Ambiental, para que emita pronunciamiento sobre la pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.

Lo anterior, se materializó por medio del Oficio Ordinario número 376 del 23 de febrero de 2022, suscrito por el Fiscal (s) de la Superintendencia del Medio Ambiente, don Benjamín Muhr Altamirano.

Luego, resulta pertinente hacer presente que, por medio del **Oficio Ordinario número 20221110237 del 20 de mayo de 2022**, la Directora Regional (s) del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén, sra. Roxana Muñoz Barrientos; evacuó informe de elusión de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en los términos requeridos por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Acto administrativo por medio del cual, en consonancia con lo sentenciado por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental en los autos R-44-2021 y lo concluido por la Superintendencia del Medio Ambiente en su Resolución Exenta número 223/2022; **el**

¹ Expediente electrónico del procedimiento puede ser visualizado en el siguiente LINK: <https://snifa.sma.gob.cl/RequerimientoIngreso/Ficha/140>

² Considerando **44°**, Resolución Exenta número 223 del 15 de febrero de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Servicio de Evaluación Ambiental concluyó que el proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. requirió ser ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental con anterioridad a su ejecución, en tanto reúne los requisitos y características contemplados en el literal p) del artículo 10 de la Ley número 19.300 y 3° letra p) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

C. CONCLUSIONES.

1.- Que respecto de la consulta de pertinencia analizada originalmente por el SEA, y analizada la nueva información disponible y teniendo presente lo señalado en la sentencia del Ilustre Tribunal Ambiental, podemos concluir que el proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis", realizó obras y acciones distintas a las proyectadas originalmente, las que son susceptibles de afectar el atractivo turístico Cascada Los Maquis y sus pozones.

2.- Que de las actividades de fiscalización se ha podido determinar que las obras realizadas se encuentran, por una parte, muy cercanas al atractivo turístico y por otro, varias de las obras realizadas tienen un carácter permanente que afectarán el valor paisajístico y turístico, así por ejemplo las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas son totalmente distintas a las señaladas originalmente en la Consulta de Pertinencia, toda vez que se refieren a obras permanentes y perceptibles por parte de los visitantes del atractivo, con más que la casa de máquinas, respecto de la cual se dijo que no se afectaría al presentar un valor cultural y paisajístico, la realidad nos dice que ella fue totalmente desmantelada y reconstruida parámetros totalmente diversos.

3.- Que, en función de lo anteriormente señalado el proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis", del titular Empresa Eléctrica de Aisén S.A., requirió ingresar obligatoriamente al SEIA, en atención a que reúne los requisitos y características contemplados en el literal p) del artículo 3° del RSEIA, en virtud de los argumentos antes expuestos.

Fuente: Oficio Ordinario número 20221110237 del
20 de mayo de 2022 Directora Regional (s) SEA
Aysén, procedimiento de Requerimiento de Ingreso
al SEIA, **REQ-005-2022.**

En este punto cabe hacer presente que, con total desprecio de la legalidad vigente en materia ambiental –en particular lo dispuesto por los artículos 8° y 10° letra p) de la Ley número 19.300, desoyendo lo claramente razonado por el Ilustre Tercer Tribunal en sentencia dictada en los autos RIT R-44-2020 y desatendiendo lo concluido y prevenido por la Superintendencia del Medio Ambiente en su Resolución Exenta número 223/2022; **la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. no sólo concluyó las obras**

constructivas, sino que, inclusive, inicio una supuesta marcha blanca de su Central Hidroeléctrica Los Maquis.

Solo una vez que se conoció el contenido del pronunciamiento del Servicio de Evaluación Ambiental, previamente referido, la titular del proyecto decidió paralizar la marcha blanca de la Central hidroeléctrica Los Maquis. Ello, según expresamente hizo constar el procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA, REQ-005-2022, por medio de presentación efectuada el 20 de mayo de 2022.

El 27 de mayo de 2022, denunciante en Procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA Req-005-2022, reiteró solicitud a la Superintendencia del Medio Ambiente de proceder a “[...] *formular cargos en procedimiento sancionatorio en contra de la denunciada, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; calificar como Gravísima dicha infracción, de conformidad con lo prescrito por el artículo 36 número 1.- letra f) del mismo texto normativo y, en definitiva, imponer las sanciones que resulten ajustadas a la Ley en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., titular del proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis”.*”.

POR TANTO,

A ESTA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE RESPETUOSAMENTE PIDO;

tener presente lo anteriormente expuesto, y, por consiguiente, dar inicio a un procedimiento sancionatorio por la conducta infraccional de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., esto es, haber ejecutado y desarrollado el proyecto “*Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis*” sin una Resolución de Calificación Ambiental, en contravención a la legislación ambiental que obligaba al titular a hacerlo según lo prescrito en el artículo 10 letra p) de la Ley N°19.300.

Lo anterior, a fin de que esta Superintendencia de Medio Ambiente investigue dicha conducta, fiscalice al proponente y conozca las infracciones que se han generado, y se **formulen cargos en dicho procedimiento sancionatorio en contra de la denunciada, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; se califique como Gravísima dicha infracción, de conformidad con lo prescrito por el artículo 36 número 1.- letra f) del mismo texto normativo y, en definitiva, imponer las sanciones que resulten ajustadas a la Ley en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., titular del proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis”.**

Fuente: Presentación denunciante, don Patricio Segura Ortiz, del 27 de mayo de 2022; procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA
REQ-005-2022.

Por último, el 6 de junio de 2022, el Superintendente (s) de la Superintendencia del Medio Ambiente, don Emanuel Ibarra Soto; emitió el acto administrativo reclamado en autos; esto es, la Resolución Exenta número 850/2022.

Acto por medio del cual puso término al procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA Req-005-2022 y, pese a lo expresa y reiteradamente requerido por los denunciantes, únicamente requirió el ingreso del proyecto hidroeléctrico Los Maquis al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad con lo prescrito por el artículo 10 letra p) de la Ley número 19.300 y 3° letra p) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

IX. CONCLUSIONES

37° En consecuencia, de acuerdo con todo lo expuesto, el proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis" se encuentra en elusión al SEIA, ya que ha desarrollado actividades sin contar con una RCA, en circunstancias que éstas cumplen con la tipología descrita en el literal p) del artículo 10 de la ley N°19.300, toda vez que su ejecución es susceptible de afectar el objeto de protección de la ZOIT Chelenko, particularmente, el atractivo turístico de la Cascada Los Maquis y sus pozones.

RESUELVO:

PRIMERO: REQUERIR BAJO
APERCIBIMIENTO DE SANCIÓN a la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., en su carácter de titular del proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis", el ingreso del mismo al SEIA, por verificarse lo establecido en el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300.

Fuente: Resolución Exenta número 850 del 6 de junio de 2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente; procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA, **REQ-005-2022**.

Ahora bien, respecto de la expresa y reiterada solicitud de los denunciantes, y pese a satisfacerse plenamente el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de su Ley Orgánica; la Superintendencia del Medio Ambiente decidió no formular cargos en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., pese a haber construido íntegramente, sin contar con Resolución de Calificación Ambiental que la autorizara, su central hidroeléctrica Los Maquis al interior de un área bajo protección oficial.

39° Finalmente, debe recordarse que, tal como se indicó al comienzo de este acto, el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede implementar la SMA al alero de la facultad del literal i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, sin perjuicio de poder también imponer alternativa o conjuntamente una sanción de acuerdo al artículo 35 literal b) de la LOSMA sobre la base del principio de oportunidad. Así, este organismo ejerce discrecionalmente tal opción (requerir de ingreso y/o sancionar), con el objetivo de lograr la medida que mejor satisfaga el interés general que subyace a la protección ambiental. En este sentido, en el presente caso, tomando en consideración la discusión que subyace a la configuración de la infracción, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estima suficiente e idónea para tal fin.

Fuente: Resolución Exenta número 850 del 6 de junio de 2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente; procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA, **REQ-005-2022**.

III. DERECHO

A. Ilegal omisión del ejercicio de la potestad sancionadora

La Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA) resuelve en la resolución reclamada requerir de ingreso al SEIA a la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. en su carácter de titular del proyecto “Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis”, ordenando se verifique según lo establecido en el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300, bajo el apercibimiento de sanción. No obstante ser una decisión conforme a derecho y la cual esta parte no reclamará por estar conforme y de acuerdo con la SMA, la Superintendencia **yerra al decidir no abrir un procedimiento sancionatorio en conformidad a los artículos 35 letra b), 36 letra f) y 47 de la Ley N° 20.417** (en adelante LO-SMA) .

Nos encontramos frente a un hecho determinado, esto es, la construcción del proyecto “Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis”, el cual puede ser objeto tanto de un requerimiento de ingreso por parte de la SMA -bajo el apercibimiento de sanción- como también, de una formulación de cargos o procedimiento sancionatorio.

La Ley N°20.417 establece en su artículo 35 b), que la **Superintendencia del Medio Ambiente posee facultad sancionadora exclusiva respecto de aquellas actividades y proyectos que se ejecuten y desarrollen sin contar con una resolución de Calificación Ambiental- siéndoles exigible por ley-**. Y, además; que la Superintendencia de Medio Ambiente puede ejercer su potestad sancionadora cuando habiendo requerido de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en

adelante SEIA) a los proponentes y/o titulares de proyectos o actividades, según lo establecido en el artículo 3 letras i), j) y K), estos incumplan dicho requerimiento.

Así las cosas, la SMA frente a un proponente, titular y/o privado que, debiendo ingresar su actividad o proyecto al SEIA según lo prescrito por la ley, lo ejecuta sin la correspondiente Resolución de Calificación Ambiental; tiene las facultades para : **1)** sancionarlo por dicha conducta omisiva y en contravención de la legislación ambiental conforme a lo prescrito por el artículo 35 letra b) LO-SMA, **2)** requerirlo de ingresar dicho proyecto o actividad al SEIA de acuerdo al artículo 3 letras i), j) y K), LO-SMA y **3)** en caso de incumplir la orden de ingresar dicho proyecto o actividad al SEIA, sancionar dicha conducta conforme a la potestad sancionadora descrita en el artículo 35 letra b) LO-SMA.

Estas facultades no son excluyentes entre sí, pues, tienen distintas finalidades. Dependerá del caso en concreto que facultad ejerce la SMA, es decir, si se verifican los requisitos establecidos por el artículo 3 letras i), j) y k) de la LO-SMA para el caso de requerimiento de ingreso, y los requisitos establecidos por el artículo 47 y 35 b) de la LO-SMA.

En el presente caso, ha quedado establecido -conforme a derecho- que el titular debe ingresar el proyecto “*Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis*” al SEIA, siendo requerido de ingreso, por la SMA, bajo apercibimiento de sanción. No obstante, y como se desarrollará a continuación, **se omite por la SMA abrir un procedimiento sancionatorio en contra de Edel Aisén S.A.**, en conformidad al artículo 35 letra b) LO-SMA, sin perjuicio de haber sido expuesto y solicitado por los denunciantes, en la denuncia y en escrito presentado con fecha 27 de mayo de 2022, y, sin perjuicio de presentarse los fundamentos de hechos y de derecho durante el procedimiento para abrir un procedimiento sancionatorio, la resolución reclamada muestra una motivación insuficiente respecto de la decisión de no formular cargos en contra del titular.

1. Sobre la finalidad disuasiva y preventiva de la potestad sancionadora, y la finalidad correctiva del requerimiento de ingreso

La potestad sancionadora y la facultad de requerir de ingreso a un titular, forman parte de la actividad de policía³ conferida por la ley a la administración, para investigar y sancionar determinadas infracciones, con el objeto final de resguardar el medio

³ Se ha definido la actividad de policía como aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades y por la cual, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio de la coacción sobre los mismos. *Fernando Garrido Falla, Los Medios de Policía y la Teoría de las Sanciones Administrativas, en Revista de Administración Pública, N°28,1959, p. 12.*

ambiente y satisfacer dicho interés público. En este mismo sentido se ha pronunciado Jorge Bermúdez, quien establece que el ejercicio de la actividad de policía por la Administración implica controlar las actividades de los particulares para que su libre desarrollo se acomode al bien público ambiental; para ello ejerce limitaciones, impone conductas y ajusta aquéllas a las exigencias del interés general⁴. La actividad de policía ejercida por la administración y en este caso particular por la SMA, puede verse expresada en distintas facultades que este organismo posee, entre ellas la potestad sancionadora.

Primero, es menester aclarar que el requerimiento de ingreso y la sanción establecida en el artículo 35 b) inciso primero de la Ley Orgánica de la SMA obedecen a distintas facultades. El requerimiento de ingreso forma parte de una de las ordenes que la SMA puede dar a particulares, producto de su facultad de fiscalización, y para el cumplimiento de ciertos fines, como el cumplimiento de la normativa ambiental y la protección del medio ambiente, pues permite corregir la conducta de elusión ordenando al titular someter su proyecto a evaluación del SEIA. Por el contrario, la **potestad sancionadora** si bien puede representarse dentro de sus finalidades corregir la conducta calificada como infracción, principalmente tiene **finés de prevención general y disuasivos, a través de la entrega de un mensaje desfavorable para el infractor y para el resto de particulares que podrían llegar a cometer una infracción similar**⁵, ya sea castigando la elusión misma y/o la falta de cumplimiento de ingreso del proyecto al SEIA.

En concordancia con lo expuesto, es importante recalcar la importancia del fin disuasivo y de prevención de la potestad sancionadora. Lo anterior se lleva a efecto en la medida que la administración entregar un mensaje desfavorable no solo al infractor, sino también al resto de administrados, pues advierte las eventuales consecuencias negativas que conlleva infringir la normativa ambiental, y de esta forma garantiza la protección de los bienes jurídicos – el interés general de resguardo del medio ambiente - de manera preventiva, cual es un interés público.

2. *La resolución omite infundadamente el análisis sobre la aplicación de una medida disuasiva y preventiva, siendo necesaria para garantizar el resguardo del interés general del medio ambiente en el presente caso y a futuro*

La SMA en la resolución recurrida solo menciona el fin correctivo como interés resguardado por su decisión, mediante el requerimiento de ingreso al titular. A saber:

⁴ Bermúdez Soto, Jorge. Fundamentos del Derecho Ambiental, 2° edición, Ediciones universitarias de Valparaíso (2014). Página 450.

⁵ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de fecha 29 de julio de 2013, Rol C-2-2013.

4° Por otra parte, **requerir el ingreso de un proyecto que ha eludido el SEIA, es una medida correctiva ordenada por la SMA en el marco de sus facultades de fiscalización**, y que se adopta a través del inicio de un procedimiento administrativo especial, el cual no obsta ni impide el posterior inicio de un procedimiento sancionatorio ambiental, para efectos de imponer las sanciones que correspondan por los incumplimientos normativos incurridos por un titular, en atención al lapso de tiempo en que ejecutó irregularmente su actividad.

(...)

39° Finalmente, debe recordarse que, tal como se indicó al comienzo de este acto, **el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede implementar la SMA** al alero de la facultad del literal i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, sin perjuicio de poder también imponer alternativa o conjuntamente una sanción de acuerdo al artículo 35 literal b) de la LOSMA sobre la base del principio de oportunidad. **Así, este organismo ejerce discrecionalmente tal opción (requerir de ingreso y/o sancionar), con el objetivo de lograr la medida que mejor satisfaga el interés general que subyace a la protección ambiental**. En este sentido, en el presente caso, tomando en consideración la discusión que subyace a la configuración de la infracción, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estima suficiente e idónea para tal fin.

Como S.S. Ilustre podrá percatarse la SMA no entrega fundamentos que justifiquen su decisión de considerar que el requerimiento de ingreso es la medida que mejor satisface el interés general. Si bien entrega argumentos relacionados a la discrecionalidad y al principio de oportunidad –cuestión de la que más adelante nos haremos cargo- no es posible conocer de la resolución recurrida, ni del procedimiento de requerimiento de ingreso, porque solo una medida correctiva, en el presente caso, resguardaría el interés general de la protección ambiental

Es más, uno de los denunciantes con fecha 27 de mayo de 2022, presenta una solicitud a la Superintendencia de Medio Ambiente dando cuenta de una serie de hechos constatados en el mismo procedimiento –los cuales abordaremos más adelante- y argumentos de derecho, a fin de que la SMA formule cargos al titular infractor- en concordancia con el artículo 35 letra b) y, que de inicio a un procedimiento sancionatorio. Sin embargo, aun existiendo esta presentación en el expediente, la SMA no se hace cargo de los fundamentos que justificarían aplicar- o no- una medida

disuasiva y preventiva. Por el contrario, omite referirse a dicha presentación, y solo constata su existencia como antecedente de la resolución. A saber:

12° Finalmente, con fecha 27 de mayo de 2022, uno de los denunciantes presentó un escrito ante la SMA solicitando “*formular cargos en procedimiento sancionatorio en contra de la denunciada, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; calificar como Gravísima dicha infracción, de conformidad con lo prescrito por el artículo 36 número 1.- letra fj del mismo texto normativo y, en definitiva, imponer las sanciones que resulten ajustadas a la Ley en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., titular del proyecto ‘Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis’*”.

La resolución reclamada presenta una motivación insuficiente en lo que respecta a la infracción denunciada, pues no aun teniendo los antecedentes suficientes, no se hace cargo de la concurrencia de una medida disuasiva y preventiva, sobre todo considerando la gravedad de los hechos constatados. Ello, pues **el titular no solo eludió someter su proyecto a evaluación, sino también construyó e incluso ejecutó dicho proyecto.** En consecuencia, **una medida correctiva no es suficiente para resguardar el interés general de protección ambiental, pues futuros titulares en una misma situación de elusión sabrán que a lo único que se arriesgan es a someter su proyecto o actividad al SEIA, pudiendo incluso llegar a incentivarse conductas infractoras.**

Así, la actividad sancionadora de la administración es fundamental, pues establece limitaciones destinadas a garantizar el respeto al orden público⁶ no solo desde una arista represiva, sino preventiva de futuras conductas –como se explicó– y también disuasivas de conductas del mismo infractor. No se vislumbra como la medida correctiva de requerimiento de ingreso puede prevenir futuras conductas de titulares o proponentes que eludan al SEIA, ni como disuade al titular Edelaisén S.A. de cometer nuevas infracciones, ya sea por elusión o cualquier otra infracción tipificada en el artículo 35 LO-SMA. Así, habría una ilegal omisión del ejercicio de la potestad sancionadora.

⁶ Ob. Cit. Bermúdez Soto página 470.

3. *La Superintendencia del Medio Ambiente puede, en el ejercicio de sus atribuciones, requerir de ingreso y sancionar, para cumplir con la finalidad de resguardar el interés general de protección del medio ambiente*

Como hemos mencionado reiteradamente, nos encontramos frente a un titular que ha eludido someter su proyecto a evaluación ambiental, cuestión que también es someramente descrito en la resolución reclamada por la SMA, requiriéndolo de ingreso bajo el apercibimiento de ser sancionado, y con lo que estos reclamantes se encuentran plenamente de acuerdo y, por tanto, no reclaman. No obstante, se omite dar cuenta que el hecho constatado por la administración ambiental no solo califica como uno de los supuestos de hecho descritos en el artículo 3 del RSEIA para requerir al titular de ingreso al SEIA, sino también, se encuentra tipificada como una infracción en el artículo 35 b) inciso primero de la LO-SMA.

Al respecto, y según el profesor Bermúdez, si bien de un mismo hecho pueden establecerse un requerimiento de ingreso, un apercibimiento de sanción por no cumplir con dicho requerimiento, y la comisión de una infracción sancionable según lo dispuesto en el artículo 35 b) LO. -SMA, no sería aplicable el supuesto de non bis in ídem, saber:

En los supuestos de omisión parcial o absoluta y de fraccionamiento (art. 3 letras i), j) y k)) el requerimiento de sometimiento se realiza bajo el apercibimiento de sanción. Lo que debe entenderse en función de lo dispuesto en el art. 35 letra b) 2º parte, que tipifica como infracción administrativa "el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), i) j) y k) del artículo 3º". Sin embargo, en la primera parte de la misma disposición se tipifica como infracción "La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella". En consecuencia, la circunstancia de estar en alguno de los tres supuestos estudiados implicará por sí misma la comisión de una infracción sancionable según lo dispuesto en el art. 35 letra b) 1º parte. En cambio, desobedecer el requerimiento de la SMA, implicará una infracción distinta, ahora a la orden de la SMA (legalidad procedimental ambiental). Esta aclaración resulta relevante, porque en este caso no será aplicable el supuesto de non bis in ídem del art. 60 inc. 2º, ya que se tratará de dos hechos distintos, en la especie, no someterse al SEIA y no cumplir el requerimiento de sometimiento, los que temporalmente se producirán en momentos distintos.

De esta forma, **no existe impedimento para que la SMA requiera de ingreso al titular, con el objeto de cumplir la finalidad correctiva, y además de inicio a un procedimiento sancionatorio, con el objeto de cumplir la finalidad preventiva y disuasiva.** Así también lo ha establecido Contraloría General de la República:

En específico, con arreglo a los literales i) y o) del artículo 3° de esa ley, la SMA podrá requerir, previo informe del SEA, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, debieron someterse al SEIA y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente, como asimismo imponer sanciones conforme a esa normativa.

Luego, de acuerdo al artículo 35, letra b), de esa ley, **la SMA tiene atribuciones sancionadoras tanto para aquellos casos en que se ejecuten proyectos y se desarrollen actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella, como para el incumplimiento del requerimiento efectuado por la SMA según lo previsto, entre otros, en el literal i) del artículo 3° por la SMA según lo previsto, entre otros, en el literal i) del artículo 3°, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo. (El resaltado es nuestro)**⁷

De igual forma:

En consonancia con lo anterior, el artículo 35, letra b), de la Ley Orgánica de la SMA - aprobada por el artículo segundo de la ley N° 20.417-, habilita a esta última para **sancionar la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades que requieren de la previa obtención de una RCA favorable, sin contar con ella.**

(...) En efecto, nuestro ordenamiento contempla mecanismos para que dichos proyectos o actividades en **situación irregular igualmente sean ingresados al anotado procedimiento,** de modo que la autoridad estatal cuente con una evaluación de los impactos ambientales que son susceptibles de generar, a fin de controlarlos y de brindar la debida protección al medio ambiente y al derecho constitucional antes referido.

Así, de acuerdo con la letra i) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la SMA, dicha repartición tiene la **atribución para requerir, previo informe del SEA, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción,** a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, debieron someterse al SEIA y no cuenten con la respectiva RCA

⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 2.268 Fecha: 24-IX-2021.

favorable, para que sometan a tal sistema el estudio o la declaración de impacto ambiental correspondiente.

(...) Ahora bien, es menester puntualizar que la circunstancia de que el titular someta voluntariamente su proyecto o actividad al SEIA después de iniciada su ejecución, es **sin perjuicio de la sanción que la SMA pueda imponerle con arreglo al artículo 35, letra b)**, de su ley orgánica, como también de la responsabilidad por daño ambiental que haya podido originarse a su respecto a causa de tal ejecución irregular (el resaltado es nuestro).

En razón de lo anterior, es imperativo en el presente caso que la Superintendencia del Medio Ambiente haga uso de su facultad sancionadora, de acuerdo al artículo 35 letra b) de la LO-SMA, y dé inicio, por consiguiente, a un procedimiento sancionatorio en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.; por haber ejecutado y desarrollado el proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis” sin una Resolución de Calificación Ambiental, cuando la legislación ambiental obligaba al titular a hacerlo según lo prescrito en el artículo 10 letra p) de la Ley N°19.300.

De esta forma, no puede quedar sin sanción la ejecución de un proyecto o actividad sin la debida evaluación de impacto ambiental estando obligado por ley a ello; y, mucho menos, **cuando la construcción ilegal del proyecto o actividad por un periodo de 3 años y la marcha blanca ilegal del proyecto, afecta un Área puesta bajo protección oficial, con obras de carácter permanente que impactan especialmente sus objetos de conservación**⁸.

Nuevamente, la omisión de iniciar un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA implica no adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el resguardo del interés general del medio ambiente, en el presente caso y a futuro, lo cual va contra el interés público, al cual debe responder esta Superintendencia. Por tanto, existe una ilegal omisión del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la SMA en la resolución reclamada en lo que respecta a no considerar que se ha configurado la infracción del artículo 35 letra b) de la LO-SMA.

⁸ Considerando CUADRAGÉSIMO. Sentencia de fecha 08 de octubre de 2021, causa Rol R-44-2021 Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, Valdivia, Chile.

B. Sobre la motivación insuficiente de la resolución reclamada en la decisión de no iniciar un procedimiento sancionatorio

La SMA, como se ha advertido, descarta iniciar un procedimiento sancionatorio y solo requiere de ingreso al SEIA al proponente Empresa Eléctrica de Aisén S.A. por su proyecto “Rehabilitación central Hidroeléctrica Los Maquis. Si bien, la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra facultada por el legislador para tomar dicha decisión, mediante una potestad reglada, debe fundamentar las razones que motivaron dicha definición de forma congruente con la denuncia presentada y con el procedimiento de fiscalización, cuestión que –como a continuación se expondrá- la SMA no realiza en la resolución reclamada.

1. Decisión de iniciar procedimiento sancionatorio es una potestad reglada

Se ha discutido largamente por la Doctrina Chilena cual es el carácter de la potestad sancionadora de la administración. Las diversas posturas en torno al carácter de la potestad sancionadora pueden resumirse en tres vertientes, la primera de ellas sostiene que la potestad sancionadora es eminentemente una potestad reglada- sujeta a los principios del *ius ponendi* estatal- pues se trataría de poderes que importan una significativa restricción a los derechos de los sujetos infractores. Por el contrario, hay quienes afirman que la potestad sancionadora de la administración se califica como discrecional, pues no siempre sería necesario sancionar a los particulares, ya que es materialmente imposible, y se requiere economizar los esfuerzos y otorgarles importancia a los casos más relevantes, y luego, una tercera postura, la cual, encontrándose en una tesis intermedia, propone una síntesis de las dos posturas anteriores.⁹

Pues bien, para poder comprender qué tipo de potestad habilita a la SMA en el presente caso para iniciar –o no iniciar- un procedimiento sancionatorio, es necesario remitirnos a la Ley N°20.417, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, pues precisamente es dicha normativa, la que regula las competencias de la SMA.

De esta forma, el artículo 35 letra b) dispone que corresponde exclusivamente a la SMA el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de “*La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3º*”. Así, ejecutar un proyecto sin una RCA cuando la ley lo exija, es una infracción a la normativa ambiental, siendo únicamente la SMA el organismo encargado de sancionar dicha infracción.

⁹ Gómez Gonzáles, Rosa Fernanda. Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. Universidad de Talca- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista Ius et Praxis, Año 26, N°2, 2020. Página 197.

En el presente caso la denuncia por elusión al SEIA se formula por la infracción a este artículo, lo cual queda demostrado en el expediente del procedimiento de requerimiento de ingreso, e igualmente en la resolución reclamada, toda vez que tanto el Tercer Tribunal Ambiental, el SEA mediante su pronunciamiento, e igualmente la SMA, están contestes en sostener que existen obras permanentes que serían susceptibles de afectar el objeto de protección de carácter ambiental de la ZOIT Chelenko, esto es, la Cascada Los Maquis y los Pozones.

Sumado a ello, se debe tener en consideración que dichas obras ya fueron ejecutadas, y que incluso se habría iniciado una marcha blanca del proyecto por parte del Titular -sin contar con una RCA y en flagrante estado de elusión según lo dispuesto por el artículo 10 letra p) de la LBGMA-, poniendo fin a la marcha blanca de forma posterior al pronunciamiento del SEIA en expediente de requerimiento de ingreso y de “buena fe” por parte del titular.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 47 de la LO-SMA establece que el procedimiento administrativo sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia. En el presente caso, con fecha 18 de marzo de 2020 y 30 de junio de 2020, se presentaron denuncias por elusión del SEIA en contra del titular por el proyecto ya ampliamente mencionado, de conformidad a lo exigido por el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300, solicitando –entre otras peticiones- **sancionar a los denunciados**.

Así las cosas, y como este Ilustre Tribunal podrá observar, los denunciantes han formulado una denuncia por infracción del artículo 35 letra b) de la LO-SMA, la cual fue formulada por escrito a la Superintendencia de Medio Ambiente, conteniendo una descripción concreta de los hechos constitutivos de la infracción de elusión, precisando el lugar y fecha, e identificando al infractor. De esta forma, y según lo dispuesto por el artículo 47 LO-SMA debiese haberse originado un procedimiento sancionatorio, pues la denuncia se encuentra revestida de seriedad y mérito suficiente. A saber:

Artículo 47.- El procedimiento administrativo sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia.

(...)

Las denuncias de infracciones administrativas deberán ser formuladas por escrito a la Superintendencia, señalando lugar y fecha de presentación, y la individualización completa del denunciante, quien deberá suscribirla personalmente o por su mandatario o representante habilitado. Asimismo, deberán contener una descripción de los hechos concretos que se estiman constitutivos de infracción, precisando lugar y fecha de su comisión y, de ser posible, identificando al presunto infractor.

*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**. En caso contrario, se podrá disponer la realización de*

acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado.

Si bien no existe una regla general expresa que obligue a la SMA a formular cargos cuando se verifique una infracción del artículo 35 LO-SMA, como ocurre en el presente caso- el artículo 47 de la LO-SMA es claro al advertir que existiendo una denuncia de infracción administrativa formulada conforme al inciso tercero y que, a juicio de la SMA, este revestida de seriedad y mérito suficiente debe originarse un procedimiento administrativo. Ello es relevante, pues, el legislador al expresar “originará” nos indica que estamos frente a una **potestad reglada** de la administración, mas no una potestad discrecional, pues de ser ese el caso, el legislador habría sido claro en especificar que la SMA tiene un espacio de decisión, por ejemplo, indicando que la denuncia formulada conforme al inciso anterior “podrá originar” un procedimiento sancionatorio.

A diferencia de la potestad discrecional, la potestad reglada no entrega a la administración un margen de maniobra más o menos significativo que le permita discriminar las situaciones que se presenten, y que justifiquen un tipo u otro de decisión¹⁰, si no por el contrario, implica un acto donde la administración subsume el contenido de la denuncia en los presupuestos de hecho exigidos por el artículo 47 LO-SMA, a fin de determinar si la denuncia se encuentra revestida de seriedad y mérito suficiente, y de esta forma, originar un procedimiento sancionatorio.

El ejercicio de determinación que debe llevar a cabo la SMA, según lo dispuesto en el artículo citado, no implica un acto discrecional por parte de ella, sino un margen de apreciación para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio a través de un examen de mérito. Así también lo ha entendido el Tercer Tribunal Ambiental, en la sentencia de fecha 31 de marzo de 2020 de la causa Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente¹¹, a saber:

VIGÉSIMO. Que, de la revisión de la LOSMA, no es posible detectar una regla general expresa que obligue a la SMA a formular cargos ante conductas infraccionales detectadas por ella, sea directamente, por petición de órgano sectorial o por denuncia, como tampoco es posible detectar una en sentido contrario, que consagre la discrecionalidad para no hacerlo. Sin embargo, el art. 47 inciso final de la LOSMA contiene una **regla específica**, disponiendo que la denuncia “originará un procedimiento administrativo sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. En caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si ni siquiera

¹⁰ Valdivia Olivares, José Miguel (2018), Tirant lo Blanch, Manual de Derecho Administrativo pp. 313

¹¹ Sentencia de fecha 31 de marzo de 2020, causa Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente Rol R-18-2019, Tercer Tribunal Ambiental. Valdivia, Chile.

existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, de la lectura de dicha norma, en particular de la expresión «originará», queda de manifiesto que el legislador ha dispuesto que, **si la denuncia está referida a una materia de competencia de la SMA y cumple los requisitos de seriedad y mérito suficientes, el procedimiento sancionatorio se debe iniciar.** La expresión «originará» no es de contenido facultativo; si la intención del legislador hubiese sido otra, la expresión habría sido «podrá originar», reservando un ámbito de discrecionalidad de actuación a la SMA, que sólo puede quedar supeditada a criterios de conveniencia, y no de mérito u oportunidad. Por su parte, la expresión «mérito», en el citado art. 47 inciso final de ese cuerpo legal, sin dudas está referido al mérito probatorio, pues cuando la denuncia no lo tuviese, dicho organismo puede ordenar acciones de fiscalización, las que son esencialmente probatorias. En ese sentido, la doctrina ha indicado, en cuanto al mérito de las denuncias, que éstas «[...] suponen que ha sido el ciudadano el que ha realizado la pesquisa inicial de la infracción a la norma ambiental, aun cuando es probable que la SMA siempre realice diligencias complementarias para comprobar la veracidad de los hechos, encomendando actividades de fiscalización» (H.. A., I. (2019). La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los Tribunales Ambientales. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 245, p. 191).

Luego, en este mismo sentido, el Ilustre Tercer Tribunal agrega:

VIGÉSIMO QUINTO. Que, además, como señala el profesor L...C., «[...] la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad de la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente. La discrecionalidad no puede entenderse como la consecuencia de una laguna de ley, cuyo silencio permite la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: **la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere**» (C.V., L. (2015), Lecciones de Derecho Administrativo, p. 84). **Tampoco puede entenderse que la expresión «originará» es un concepto jurídico indeterminado, pues es una orden del legislador a la Administración en términos absolutos.**

VIGÉSIMO SEXTO. Que, no obstante, por Dictamen N° 13758 de 2019, la Contraloría General de la República determinó que la SMA cuenta con **cierto margen de apreciación para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio a través de un examen de mérito**, esto es, podrá no iniciarlo si estima que no hay mérito suficiente, siempre que dicha decisión cuente con motivación y fundamento racional. Este margen de apreciación encontraría su fundamento en los arts. 3 y ss., de la Ley N° 18.575, y en aquel caso se validó la decisión de no iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en que las

desviaciones a la RCA son «[...] no significativas, (ya) que, atendida su entidad, no tenían la capacidad de generar un impacto ambiental».

Este último razonamiento, como se ha indicado antes, implica que la SMA, para efectos de estimar configurada una infracción, considera la clasificación del art. 36 de la LOSMA y, si allí se clasifica como leve -que son precisamente aquellas que no tienen capacidad de generar un impacto ambiental-, podría no iniciarse el procedimiento administrativo sancionatorio. Tal interpretación, además de ser contraria a Derecho, puesto que la configuración de las infracciones sólo depende del art. 35 de la LOSMA, podría tener como principales efectos prácticos, por una parte, la renuncia permanente de la SMA a formular cargos por infracciones clasificadas como leves, o la formulación selectiva de los mismos; y por otra parte, la permanente oposición de los administrados a quienes se les formulen cargos selectivamente por este tipo de infracciones, los que podrían alegar que se les estaría vulnerando el principio de igualdad, contenido en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en consecuencia, el Tribunal considera que la SMA no aplicó debidamente los presupuestos del art. 47 inciso final de la LOSMA, al resolver el archivo de las denuncias presentadas por los R. contra los antecedentes probatorios producidos durante la fase de investigación, de los **que aparecía con claridad que poseían la seriedad y mérito suficiente para dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador.** (El resaltado es nuestro).

En este sentido, encontrándonos frente a una potestad reglada de la administración, la SMA debió haber iniciado un procedimiento sancionatorio haciendo uso de las facultades que la Ley N°20.417 le entrega, y apreciando el mérito y seriedad de la denuncia, que, como se demostrará a lo largo de esta reclamación, las denuncias, las fiscalizaciones y el procedimiento completo, contienen la seriedad y el mérito suficiente para -según lo dispuesto en los artículos 35 letra b) y 47LO-SMA- dar inicio, por parte de la SMA, a un procedimiento sancionatorio producto de la elusión del titular al SEIA por su proyecto “Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis”.

2. Decisión de no iniciar procedimiento sancionatorio, no se encuentra debidamente fundada y por tanto, carece de motivación suficiente

En concordancia con lo expuesto, y con los hechos constatados durante el procedimiento de requerimiento de ingreso, la decisión que toma la SMA no se encuentra debidamente fundada, careciendo de motivación suficiente.

Contraloría General de la República ha establecido en reiterados dictámenes que la Administración se encuentra obligada a fundamentar las decisiones que adopta en el

ejercicio de sus potestades, sean estas regladas o discrecionales¹². De esta forma, la motivación de la resolución reclamado, cual es un acto dictado en virtud de la potestad reglada de la administración, debe expresar los fundamentos de la apreciación que hizo la Superintendencia de Medio Ambiente al aplicar el artículo 47 LO-SMA.

Al respecto, en la resolución reclamada, la SMA solo se hace cargo de la sanción por infracción del artículo 35 b), primero, en los antecedentes generales, a saber:

4° Por otra parte, requerir el ingreso de un proyecto que ha eludido el SEIA, es una medida correctiva ordenada por la SMA en el marco de sus facultades de fiscalización, y que se adopta a través del inicio de un procedimiento administrativo especial, el cual no obsta ni impide el posterior inicio de un procedimiento sancionatorio ambiental, para efectos de imponer las sanciones que correspondan por los incumplimientos normativos incurridos por un titular, en atención al lapso de tiempo en que ejecutó irregularmente su actividad.

5° Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, Dictamen N°18602 de 2017 al señalar que “(...) *es menester puntualizar que la circunstancia que el titular someta voluntariamente su proyecto o actividad al SEIA después de iniciada su ejecución, es sin perjuicio de la sanción que la SMA pueda imponerle con arreglo al artículo 35, letra b), de su ley orgánica, como también de la responsabilidad por daño ambiental que haya podido originarse a su respecto a causa de tal ejecución irregular*”. A su turno, el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, refiriéndose a un caso de elusión al SEIA, ha resuelto que, frente a esta infracción, “*la SMA cuenta con espacios de discrecionalidad para –fundadamente– optar entre requerir al regulado el ingreso al SEIA de manera conjunta con la sanción, luego de haber concluido el procedimiento administrativo sancionatorio, o bien aplicar indistintamente una u otra medida. Lo anterior, constituye además una manifestación del principio de oportunidad, conforme a las facultades y atribuciones que le han sido conferidas en virtud de lo dispuesto en el art. 3 de la LOSMA, las que no tienen un carácter excluyente ni fijan un criterio temporal; por cuanto todas ellas se encuentran dirigidas a satisfacer el interés general que subyace a la protección ambiental*”.

Luego, en las conclusiones de la resolución exenta establece que:

39° Finalmente, debe recordarse que, tal como se indicó al comienzo de este acto, el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede implementar la SMA al alero de la facultad del literal i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, sin perjuicio de poder también imponer alternativa o conjuntamente una sanción de acuerdo al artículo 35 literal b) de la LOSMA sobre la base del

¹² Contraloría General de la República de Chile, dictámenes N°29217 (10/08/1999), N°28349 (26/07/2002), N°19107 (29/05/1998), N°15655 (04/05/1998), N°30176 (20/08/1998), N°12951 (28/04/1997), entre otros.

principio de oportunidad. Así, este organismo ejerce discrecionalmente tal opción (requerir de ingreso y/o sancionar), con el objetivo de lograr la medida que mejor satisfaga el interés general que subyace a la protección ambiental. En este sentido, en el presente caso, tomando en consideración la discusión que subyace a la configuración de la infracción, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estima suficiente e idónea para tal fin.

Como podrá observar este Ilustre Tribunal, aun sin considerar que la SMA hace uso de su discrecionalidad y del principio de oportunidad de forma indebida -como se abordará a continuación-, la administración no expresa suficientemente los motivos por los cuales considera que no iniciar un procedimiento sancionatorio satisface el interés general que subyace a la protección ambiental.

Al respecto, la SMA da cuenta de fundamentos contrarios, y así las cosas, en la resolución reclamada, la Administración se hace cargo de los hechos constatados durante el procedimiento de requerimiento de ingreso, los cuales permiten concluir que ha existido una elusión al SEIA y que se ha construido una serie de obras permanentes por parte del titular, haciéndose cargo de su envergadura y magnitud. Ello, a todas luces debiera ser fundamento plausible para establecer la procedencia de la infracción del artículo 35 b), no obstante, sin esgrimir fundamentos suficientes la SMA decide no iniciar un procedimiento sancionatorio

Sin embargo, el único fundamento que la SMA entrega en la resolución reclamada, dice relación con el que principio de oportunidad. Este es el principio base sobre el cual la SMA decide que la mejor forma de abordar y proteger el interés ambiental, es mediante el requerimiento de ingreso. Principio que, como se verá en el siguiente apartado, no corresponde aplicarse en el contexto de la potestad sancionadora.

3. Sobre la incorrecta aplicación del principio de oportunidad de la Administración

La resolución reclamada, basa su decisión exclusivamente en la aplicación del principio de oportunidad y la posibilidad de ejercer discrecionalmente el procedimiento sancionatorio “y/o” el requerimiento de ingreso al SEIA para luego señalar, sin ahondar en las razones, que el requerimiento por sí sólo sería la vía idónea en este caso.

En tal sentido señala:

“39° Finalmente, debe recordarse que, tal como se indicó al comienzo de este acto, el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede implementar la SMA al alero de la facultad del literal i) y j) del artículo 3° de la

LOSMA, sin perjuicio de poder también imponer **alternativa o conjuntamente una sanción de acuerdo al artículo 35 literal b) de la LOSMA sobre la base del principio de oportunidad**. Así, este organismo ejerce discrecionalmente tal opción (requerir de ingreso y/o sancionar), **con el objetivo de lograr la medida que mejor satisfaga el interés general** que subyace a la protección ambiental. En este sentido, en el presente caso, tomando en consideración la discusión que subyace a la configuración de la infracción, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estima suficiente e idónea para tal fin.”

No obstante, la administración incurre en un error, ya que este principio no aplica en la función sancionadora de la SMA, donde prima el principio de legalidad.

El principio de oportunidad, en sede penal, tiene su tratamiento en el artículo 170 del Código Procesal Penal que señala que los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público. En materia administrativo-sancionatoria, el artículo 5° de la LBGAE señala que las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública y el artículo 12 que indica que las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquéllos y la aplicación de éstas dentro del ámbito de sus atribuciones. Por otro lado, la LBPA que en su artículo 9° consagra el principio de economía procesal, exige a la autoridad administrativa tramitar los procedimientos administrativos con la máxima economía de medios, con eficacia y el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, que señala que el procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia.¹³

Por su parte, el principal principio rector de la Administración es el principio de legalidad o de juridicidad, que supone el sometimiento completo a la ley y el Derecho. Así, la actuación de todos los órganos de la administración debe realizarse dentro de los límites que las normas establecen.

Este principio, además de su consagración constitucional en los artículos 6° y 7°, tiene una confirmación en el artículo 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que señala que:

“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento

¹³ Osorio Vargas, Cristóbal. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General. Colección Tratados y Manuales, Segunda Edición. 2017. P.1072

jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.”

La regla general, tal como se ha argumentado previamente, es la sujeción al principio de legalidad, en tanto que la discrecionalidad en palabras del profesor Cordero no es arbitraria, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente.

En el mismo sentido, se ha señalado, respecto de la necesidad de sancionar las infracciones constatadas:

“Frente al principio de legalidad, que implica el deber de perseguir y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad establece la posibilidad o permisibilidad de poner en marcha tales consecuencias jurídicas. O lo que es lo mismo: la Administración no está obligada por ley a castigar, sino que simplemente se le autoriza a hacerlo [...].

Comentando este precepto (artículo 47.1 de la Ley Reguladora de las Infracciones —Owig— de Alemania) ha señalado Gohnert, que **la regla es la persecución, por cuya razón la excepción** —es decir, la no persecución— debe ser justificada. Dicha justificación se materializa a través de la figura genérica de la discrecionalidad vinculada [...].¹⁴

Siendo el principio de legalidad y la persecución y sanción de las infracciones la norma general, no puede entenderse que tiene cabida el principio de oportunidad en este contexto, dado que, según se expuso previamente, el art. 47 inciso final de la LOSMA contiene una regla específica, que regula el ejercicio del poder sancionatorio de la SMA en caso de denuncias cuyo sentido literal es claro en negar la discrecionalidad y que no remite expresamente al principio de oportunidad, lo cual es reafirmado en la sentencia de fecha 31 de marzo de 2020 de la causa R-18-2019, del Tercer Tribunal Ambiental. Aún más, esta sentencia directamente niega la operatividad del principio de oportunidad en este ámbito específico, apoyándose en la opinión del profesor Bermúdez:

“VIGÉSIMO TERCERO. Que, por tanto, la función sancionatoria que el legislador ha asignado a la SMA no puede -al menos en el caso de las denuncias en que existe una regla expresa- obedecer a una decisión puramente discrecional. En este sentido se manifiesta el profesor Jorge Bermúdez, quien ha sostenido que «[...] La LOSMA no entrega al funcionario instructor del procedimiento

¹⁴ NIETO, Alejandro (2005), Derecho Administrativo sancionador, 4a ed., Editorial Tecnos, España. p. 132. Citado en: Osorio Vargas, Cristóbal. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General. Colección Tratados y Manuales, Segunda Edición. 2017. P.1070.

administrativo sancionador un poder de decisión o apreciación de la información, salvo en el antes mencionado supuesto, en que apreciará si la denuncia está “revestida de seriedad y tiene mérito suficiente” (art. 47 inc. 3° LOSMA). Por lo tanto, **la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador se rige por un principio de legalidad y no de oportunidad**, con lo que -al menos al tenor de la ley— remitida la información se deberá iniciar un procedimiento administrativo sancionador» (Bermúdez Soto, J. (2014). Fundamentos de Derecho Ambiental, 2a edición, p. 504). Siendo así, si la denuncia tiene mérito suficiente -entendido como mérito probatorio-, la SMA está obligada a formular cargos.”

Lo anterior, se refuerza en la sentencia incorporando un análisis de derecho comparado:

“VIGÉSIMO CUARTO. Que, de forma similar, y enfrentados a sistemas legales donde no existe regla expresa sobre principios de legalidad y de oportunidad, autores foráneos han sostenido que «[...] en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración» (García de Enterría, E. y Fernández, T. Ramón. (2008) Curso de Derecho Administrativo, 11ª edición, vol. II, Madrid, Editorial Cívitas, p. 191); y que «[...] La vulneración frontal del principio de legalidad que provoca la aceptación de la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es evidente, pues la aplicación de la norma, con la imposición de la sanción correspondiente, ya no se deriva exclusivamente de la realización de las conductas establecidas en la norma, sino que se incorpora también, como condición necesaria, una decisión de la Administración no vinculada por la predeterminación normativa de los ilícitos y su sanción» (Lozano Cutanda, B. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. Revista de Administración Pública, N° 161, p. 95)”

Así, además del fallo recién citado del Tercer Tribunal, existe amplia jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental que avala esta posición, señalando que el principio de oportunidad no tiene cabida en el contexto de la potestad sancionatoria.¹⁵

Por ejemplo, en el "Caso Federación de Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores", el Segundo Tribunal Ambiental señaló:

¹⁵ Véase: Sentencias del Segundo Tribunal Ambiental, de 22 de mayo de 2014, R-15-2013; del 28 de octubre de 2014, R-21-2014; y del 2 de febrero de 2017, R-112-201.

"Octavo: Que, teniendo en cuenta —según lo señalado— que **la denuncia debe conducir a un procedimiento sancionatorio o a una fiscalización**, las razones que nieguen finalmente lugar a lo anterior deben necesariamente estar fundamentadas y obedecer a un estándar de motivación elevado, no en cuenta a su extensión, claro está, si no a la fuerza de los argumentos. El archivo, por lo tanto, debe entenderse entonces como una posibilidad de ultima ratio. En este orden de ideas, **es importante considerar que respecto de la denuncia no opera el denominado principio de oportunidad**; es decir, no le corresponde a la SMA hacer discriminaciones en razón de los objetivos institucionales. [...] En otras palabras, no teniendo aplicación el principio de oportunidad según se desprende de lo dispuesto en el artículo 47 recién citado, ante una denuncia que satisfaga los requisitos legales la SMA debe iniciar un procedimiento sancionatorio o disponer la realización de acciones de fiscalización".¹⁶

En consecuencia, la SMA, al dictar la resolución impugnada aplicando erróneamente el principio de oportunidad, no sólo la vicia producto de una motivación insuficiente, si no que en la práctica con ella vulnera el principio y control de legalidad estricto, dado que actúa infringiendo el deber de respetar la ley en cuanto a su habilitación para actuar dentro de las potestades que se le confieren, así como no contravenir derechamente el ordenamiento jurídico.

Pero el principio de juridicidad supone ir incluso más allá. Este principio exige también la legitimidad del contenido material de la decisión. Lo que lo hace aplicable a la Administración, como mecanismo de control de legalidad de sus actos administrativos.¹⁷ La SMA, como órgano del Estado sujeto a este principio, debe actuar de forma racional y no arbitraria en armonía con los fines de las leyes y del denominado "bloque de juridicidad" que lo regula. Esto, debe tenerse en consideración para evaluar la motivación de la resolución, cuestión que es imposible hacer si esta no discurre en ningún análisis fundado que lleven a la autoridad a la decisión que expresa.

¹⁶ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, rol N° R-14-2017.

¹⁷ Cordero Vega, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, 2015. p p.77.

C. Sobre la necesidad de iniciar un procedimiento sancionatorio y formular los cargos que correspondan

Como hemos señalado previamente, el presente Reclamo se dirige en contra de la Resolución Exenta número 850/2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente, solo en lo que concierne a la decisión de no formular cargos – iniciando procedimiento sancionatorio – en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.; ello, pese a encontrarse plenamente satisfecho el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

SÉPTIMO: TENER PRESENTE el escrito de Patricio Segura Ortiz ingresado a esta Superintendencia con fecha 27 de mayo de 2022, así como los documentos acompañados a éste. En cuanto a su solicitud de formulación de cargos en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., estese a lo indicado en los considerandos 39° y 40° de esta resolución.

39° Finalmente, debe recordarse que, tal como se indicó al comienzo de este acto, el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede implementar la SMA al alero de la facultad del literal i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, sin perjuicio de poder también imponer alternativa o conjuntamente una sanción de acuerdo al artículo 35 literal b) de la LOSMA sobre la base del principio de oportunidad. Así, este organismo ejerce discrecionalmente tal opción (requerir de ingreso y/o sancionar), con el objetivo de lograr la medida que mejor satisfaga el interés general que subyace a la protección ambiental. En este sentido, en el presente caso, tomando en consideración la discusión que subyace a la configuración de la infracción, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estima suficiente e idónea para tal fin.

40° Ello, sin perjuicio de que el incumplimiento del presente requerimiento tendrá el mérito suficiente para dar inicio a un procedimiento sancionatorio, tanto por la infracción de elusión como por el incumplimiento de la obligación de ingreso al SEIA luego de ser requerido por la SMA.

Fuente: Resolución Exenta número 850 del 6 de junio de 2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente; procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA, **REQ-005-2022**.

Siendo claro que la decisión de dar inicio a un procedimiento sancionatorio no corresponde a una potestad discrecional de la SMA y que, en todo caso, en la eventualidad de contar con dicha potestad, ésta fue indebidamente ejercida por la reclamada en su Resolución Exenta número 850/2022; no podemos sino reiterar que en mérito del expediente del procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA, no puede sino tenerse por satisfecho el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Además, huelga señalarlo desde ya, en el expediente administrativo del procedimiento Req-005-2022 sustanciado por la reclamada, obran antecedentes que no solo permiten concluir que, en la especie, ha existido una infracción meramente formal de la legislación ambiental; por el contrario SS., constan los significativos impactos ambientales que el Edelaysén S.A. causó durante la etapa de construcción de su proyecto hidroeléctrico Los Maquis. Graves impactos ambientales que, sin evaluación de impacto ambiental alguna, han afectado significativamente el objeto de protección de un área puesta bajo protección oficial: Zona de Interés Turístico Chelenko.

1. La Empresa Eléctrica de Aisén S.A. ha cometido la infracción tipificada en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente

Como se sabe, según el artículo 35 letra b) de su Ley Orgánica, “Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: [...] b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella...”.

Tipo infraccional – de carácter objetivo y de mera actividad – que, para entenderlo satisfecho y, por tanto, para entender cometida la infracción, requiere que nos encontremos en presencia de la ejecución de un proyecto o actividad en incumplimiento del deber legal de ingreso previo al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, estando obligado a ello.

En la especie, habrá de resultar indubitado que en la ejecución del proyecto hidroeléctrico Los Maquis por la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., se han satisfecho los requisitos de la referida infracción; desde que este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, el Servicio de Evaluación Ambiental y la propia Superintendencia del Medio Ambiente, han zanjado que el proyecto en cuestión requirió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con anterioridad a su construcción e inicio de la marcha blanca, al resultarle plenamente aplicable lo prescrito por el artículo 10 letra p) de la Ley número 19.300 y 3º letra p) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En efecto, como hemos señalado previamente, este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, por sentencia del 8 de octubre de 2021 dictada en los autos RIT R-44-2020¹⁸, estableció

¹⁸ Incorporada al expediente administrativo de Requerimiento de Ingreso al SEIA Req-005-2022, por Resolución Exenta número 223 del 15 de febrero de 2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente.

claramente que el proyecto hidroeléctrico Los Maquis debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en tanto sus obras de construcción y marcha blanca, son susceptibles de afectar el objeto de protección del área puesta bajo protección oficial en que se emplaza; concurriendo los requisitos que hacen aplicable lo dispuesto por el artículo 10 letra p) de la Ley número 19.300 y 3° letra p) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y, por tanto, habiéndose ejecutado en clara infracción de la normativa ambiental vigente.

CUADRAGÉSIMO. *Que, a la luz de la descripción del proyecto hecha por el titular, se aprecia que la sola extracción de parte del caudal en el cauce del brazo este del río Los Maquis y su posterior restitución aguas abajo, luego de haber pasado estas aguas por las tuberías y casa de máquinas de la central hidroeléctrica; es un hecho que por sí mismo basta para establecer la susceptibilidad de afectación a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y con ello a la ZOIT. Lo anterior se funda en que tales obras traen consigo una alteración de carácter permanente del mismo, debido a la disminución del caudal que ingresa al sector de pozones y la cascada, elemento principal de este atractivo turístico. Amén de ello, y con motivo de esta extracción, el titular se ha comprometido a medir y mantener lo que ha denominado un «caudal escénico» o «caudal paisajístico» de 366 l/s (a modo ejemplar, algunos de los términos usados por el titular a fs. 154, 158, 162, 164, 168, 171, 173, 220, 229, 469, 670 y 752), al cual se le inyectaría aire para mantener el esponjamiento visual de la caída de agua. Este solo compromiso voluntario, da cuenta de una acción de compensación a un elemento del ambiente, que forma parte de los objetos de protección del área colocada bajo protección oficial, y que impresiona al menos como susceptible de ser afectado por el proyecto; puesto que de no mediar tal esponjamiento en el caudal escénico, el salto de agua podría verse perjudicado en su atractivo original. Adicionalmente, las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas, así como el trazado del camino en zig zag que se cubrirá con una capa vegetal no son obras temporales; sino que se trata de obras de carácter permanente que, por su vocación, y junto con el caudal escénico, deben ser ambientalmente evaluadas. De este modo, no es efectivo lo sostenido por la SMA en la Resolución Reclamada, en cuanto a que el Proyecto no es susceptible de afectar la ZOIT Chelenko y que, consecuentemente, no requiere de evaluación ambiental previa, al no encontrarse dentro de ninguna de las circunstancias del art. 10 de la Ley N° 19.300 (fs. 833).*

Fuente: Sentencia Ilustre Tercer Tribunal Ambiental del 8 de octubre de 2021, R-44-2020, (Énfasis añadido).

Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental igualmente ha concluido que el proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. debió ingresar

al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; ello, según pronunciamiento evacuado en procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA (Req-005-2022), en Oficio Ordinario número 20221110237 del 20 de mayo de 2022.

C. CONCLUSIONES.

1.- Que respecto de la consulta de pertinencia analizada originalmente por el SEA, y analizada la nueva información disponible y teniendo presente lo señalado en la sentencia del Ilustre Tribunal Ambiental, podemos concluir que el proyecto “Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis”, realizó obras y acciones distintas a las proyectadas originalmente, las que son susceptibles de afectar el atractivo turístico Cascada Los Maquis y sus pozones.

2.- Que de las actividades de fiscalización se ha podido determinar que las obras realizadas se encuentran, por una parte, muy cercanas al atractivo turístico y por otro, varias de las obras realizadas tienen un carácter permanente que afectarán el valor paisajístico y turístico, así por ejemplo las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas son totalmente distintas a las señaladas originalmente en la Consulta de Pertinencia, toda vez que se refieren a obras permanentes y perceptibles por parte de los visitantes del atractivo, con más que la casa de máquinas, respecto de la cual se dijo que no se afectaría al presentar un valor cultural y paisajístico, la realidad nos dice que ella fue totalmente desmantelada y reconstruida con parámetros totalmente diversos.

3.- Que, en función de lo anteriormente señalado el proyecto “Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis”, del titular Empresa Eléctrica de Aysén S.A., requirió ingresar obligatoriamente al SEIA, en atención a que reúne los requisitos y características contemplados en el literal p) del artículo 3° del RSEIA, en virtud de los argumentos antes expuestos.

Fuente: Oficio Ordinario número 20221110237 del 20 de mayo de 2022
Directora Regional (s) SEA Aysén, procedimiento de Requerimiento de
Ingreso al SEIA, **REQ-005-2022**.

Por su parte, la Reclamada, tanto en su Resolución Exenta número 223/2022 como en su Resolución Exenta número 850/2022 – reclamada en autos –, ha sido absolutamente clara en cuanto a que el proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aysén S.A. debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, previo a su ejecución. Siendo igualmente claro, por ende, que la Superintendencia del Medio Ambiente cuenta con elementos de juicio suficientes para tener por satisfecho el supuesto infraccional del artículo 35 letra b) de su Ley Orgánica y formular cargos en razón de la infracción cometida – tal como le fue requerido reiteradamente por los denunciantes –.

VII. CONCLUSIÓN

53° En consecuencia, se concluye que el proyecto se encontraría en una hipótesis de elusión según lo dispuesto en el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300, por lo que corresponde dictar una resolución a fin de dar inicio a un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA en contra del titular por la ejecución del proyecto.

Fuente: Resolución Exenta número 223/2022 Superintendencia del Medio Ambiente, procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA
REQ-005-2022.

IX. CONCLUSIONES

37° En consecuencia, de acuerdo con todo lo expuesto, el proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis" se encuentra en elusión al SEIA, ya que ha desarrollado actividades sin contar con una RCA, en circunstancias que éstas cumplen con la tipología descrita en el literal p) del artículo 10 de la ley N°19.300, toda vez que su ejecución es susceptible de afectar el objeto de protección de la ZOIT Chelenko, particularmente, el atractivo turístico de la Cascada Los Maquis y sus pozones.

RESUELVO:

PRIMERO: REQUERIR BAJO
APERIBIMIENTO DE SANCIÓN a la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., en su carácter de titular del proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis", el ingreso del mismo al SEIA, por verificarse lo establecido en el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300.

Fuente: Resolución Exenta número 850 del 6 de junio de 2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente; procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA, **REQ-005-2022.**

Por otro lado, no solo se ha establecido que el proyecto hidroeléctrico Los Maquis, formalmente, le resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 10 letra p) de la Ley número 19.300; sino que, atendiendo al componente material del tipo infraccional en referencia, la Superintendencia del Medio Ambiente ha establecido que "se han desarrollado actividades sin contar con una RCA".

Lo anterior, obedece a los antecedentes que obran en el expediente administrativo del procedimiento Req-005-2022, y que dan cuenta que la titular del proyecto -inclusive conociendo la Sentencia de este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, previamente

citada-: **a) culminó las obras constructivas de su proyecto en el mes de diciembre del año 2021; b) operó e inyectó, a modo de prueba, entre el 30 de noviembre y el 17 de diciembre de 2021; c) que, luego del 17 de diciembre, la central continuó operando de manera discontinua y a modo de prueba; d) para, posteriormente, comenzar a operarla en supuesta “marcha blanca”.**

9º Posteriormente, con fecha 02 de febrero del año 2022, y a través de la Resolución Exenta AYS N°15/2022, esta Superintendencia requirió al titular información respecto al estado actual del proyecto. Pues bien, a partir de los antecedentes entregados por éste, se concluye lo siguiente:

(i) La etapa de construcción del proyecto ha finalizado con fecha 05 de diciembre de 2021.

(ii) Entre el 30 de noviembre y 17 de diciembre del año 2021, se efectuaron pruebas del proyecto, inyectando energía a la red del Sistema Eléctrico del General Carrera. Dichas pruebas finalizaron y permitieron concluir que la central puede operar en la medida que exista un causal disponible en el río sobre los 1.000 l/s. Sin embargo, no fue posible completar otra serie de pruebas necesarias para la operación en “modo isla”, dado que la disponibilidad de agua en el río no superaba el caudal requerido de 1.000 l/s.

(iii) En tal sentido, para realizar ajustes y pruebas, la central ha operado desde el mes de diciembre en forma discontinua, en los momentos en que la lluvia ha permitido aumentar el caudal por sobre los 400 l/s con diferentes niveles de carga -dependiendo del requerimiento de las pruebas- y en forma puntual algunos días de enero con carga baja (<150kW-15% capacidad).

(iv) Como resultado de las pruebas, se concluye que, la central está en condiciones de operar, siempre y cuando se presente el caudal requerido. No obstante, aún existen tareas inconclusas:

- Está pendiente probar el proyecto operando “en isla”, es decir, abasteciendo parte del sistema sin participación de otras centrales. En este sentido, los ajustes y pruebas se proyectan para el mes de abril del año 2022.*
- Aún se deben efectuar ciertas terminaciones en algunas instalaciones. Éstas son proyectadas para el mes de marzo de 2022, por medio de equipos de trabajo reducidos.*
- Se encuentra pendiente el desarrollo del paisajismo, la reposición de algunas áreas intervenidas, y la construcción del sendero turístico propuesto. La fecha de su ejecución de estas obras depende de la validación previa de las mesas de trabajo constituidas con la comunidad y las autoridades locales.*
- Está pendiente la instalación de sistemas complementarios en la central para control y monitoreo. Su implementación, está pensada para los meses de marzo y de abril del año 2022.*

Fuente: Resolución Exenta número 223/2022 Superintendencia del Medio Ambiente, procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA
REQ-005-2022.

Coyhaique, 20 de mayo de 2022.

MAT: Informa lo que indica.

ANT: Procedimiento REQ-005-2022.

REF: "REHABILITACIÓN CENTRAL
HIDROELECTRICA LOS MAQUIS"

Señor
Óscar Leal Sandoval
Jefe Oficina Regional de Aysén
Superintendencia del Medio Ambiente
Presente

De mi consideración:

Junto con saludar cordialmente, **José Luis Fuenzalida Rodríguez**, en representación de **EMPRESA ELÉCTRICA DE AISEN S.A.** ("**EDELAYSEN**"), ambos domiciliados para estos efectos en Bulnes 441, comuna de Osorno, Región de Los Lagos, al Sr. Jefe de la Oficina Regional de la Superintendencia del Medio Ambiente, respetuosamente digo:

Que, habiendo sido notificados con fecha de hoy del informe evacuado por el Servicio de Evaluación Ambiental en el marco del procedimiento del ANT, y sin perjuicio que este último aún se encuentra en curso sin resolución de término por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, por medio de la presente me permito informar que **EDELAYSEN**, a modo preventivo y de buena fe, con fecha de hoy **ha suspendido la marcha blanca de la Minicentral Los Maquis**, a la espera de la culminación del procedimiento REQ-005-2022, reiterado la importancia de esta unidad para la estabilidad del Sistema General Carrera.

De esta suspensión se está dando aviso con esta misma fecha a la autoridad sectorial eléctrica, para los efectos pertinentes de la normativa sectorial aplicable.

Fuente: "Informa lo que indica" de Empresa Eléctrica de Aisén S.A. del 20 de mayo de 2022, procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA
REQ-005-2022.

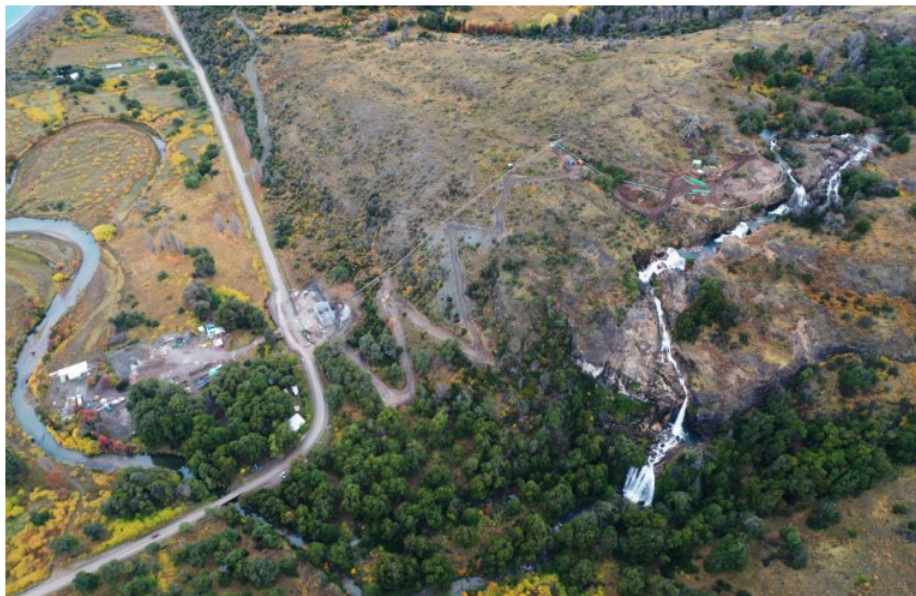
En conclusión SS., no puede sino tenerse por irrefutablemente satisfecho el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; siendo claro, igualmente, que la reclamada cuenta con antecedentes suficientes para, a lo menos, formular cargos en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. por la gravísima infracción cometida. Al no hacerlo, ciertamente que la resolución reclamada deviene en contraria a Derecho, en tanto se vulnera el Principio de Legalidad y los artículos 47 y 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

2. La ejecución del proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., ha generado impactos ambientales significativos, no evaluados, al interior de un área bajo protección oficial

No obstante que, como hemos referido previamente, el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, corresponde a uno fundado en la mera actividad del infractor, es decir; implica subsumir la acción u omisión del titular o proponente en el tipo infraccional. Así las cosas, resulta del todo pertinente hacer presente que la ejecución – íntegra construcción y marcha blanca– del

proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. ha generado significativos impactos ambientales, que afectan gravemente el área bajo protección oficial en que se emplaza. Antecedentes que, por lo demás, obran en expediente administrativo del procedimiento Req-005-2022.

2.1. Ejecución de obras de carácter permanente, susceptibles de afectar el objeto de protección de la Zona de Interés Turístico Chelenko.



Tal como zanjó este Ilustre Tribunal Ambiental en sentencia del 8 de octubre de 2021, dictada en los autos RIT R-44-2020; el proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental con anterioridad a su ejecución, en tanto su construcción y marcha blanca considera obras y acciones de carácter **permanente** – de **impactos igualmente permanentes** –, susceptibles de generar impactos ambientales significativos en un área puesta bajo protección oficial. En específico, referido a la construcción de una nueva bocatoma y cámara de carga, a los nuevos trazados de las tuberías a presión, de la nueva Casa de Máquinas y del camino en Zig-Zag construido para ejecutar las obras del proyecto.

"[...] Adicionalmente, las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas, así como el trazado del camino en zig zag que se cubrirá con una capa vegetal no son obras temporales; sino que se trata de obras de carácter permanente que, por su vocación, y junto con el caudal escénico, deben ser ambientalmente evaluadas. De este modo, no es efectivo lo sostenido por la SMA en la Resolución Reclamada, en cuanto a que el Proyecto no es susceptible de afectar la ZOIT Chelenko y que, consecuentemente, no requiere de evaluación ambiental previa, al no encontrarse dentro de ninguna de las circunstancias del art. 10 de la Ley N° 19.300 (fs. 833).

Fuente: Considerando Cuadragésimo, Sentencia Ilustre Tercer Tribunal Ambiental del 8 de octubre de 2021, R-44-2020, (Énfasis añadido).

Ahora bien, cabe hacer presente que en el expediente administrativo Req-005-2022, obran antecedentes del todo consistentes con lo razonado por ese Ilustre Tercer Tribunal Ambiental; y que dan cuenta de los significativos impactos que las referidas obras permanentes del proyecto hidroeléctrico Los Maquis han generado respecto del área puesta bajo protección oficial en que se emplaza.

En efecto, cabe tener presente que según da cuenta el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2021-1258-XI-SRCA, en visita inspectiva desarrollada por la Superintendencia del Medio Ambiente a las faenas constructivas del proyecto, junto con confirmar el valor turístico y ambiental del área de influencia del proyecto, **resultó evidente el severo impacto ambiental que la construcción del proyecto se encontraba provocando en la Zona de Interés Turístico Chelenko.**

"Sin encontrar oposición se accede por el costado oeste del arroyo Los Maquis hacia la cascada inferior, ubicada en el sector más bajo, y luego hacia los pozones y saltos ubicados aguas arriba.

Se constató la existencia de senderos y huellas de tránsito peatonal bien definidas y que permiten recorrer todo el sector. Las huellas suben, con cierto grado de dificultad, hacia los pozones y saltos aguas arriba de la cascada principal.

Se constata que en este sector el arroyo Los Maquis forma una serie de pozones y cascadas que forman un núcleo escénico constituido por varios aspectos observables en el área:

- a) Las formas y relieves de la roca que circunda el sector y marca las paredes del cajón superior.
- b) El flujo y movimiento del agua en sus caídas formando cascadas y saltos de distinta altura y geometría.
- c) Los remansos que forman los pozones ubicados entre las cascadas y limitados por las paredes de roca.

d) Árboles y arbustos que enmarcan, especialmente la cascada inferior.

Desde la cascada inferior del **conjunto Los Maquis** no es posible observar las obras de rehabilitación de central hidroeléctrica.

Estas obras se observan al subir al nivel superior, donde quedan prácticamente al mismo nivel del espectador. Desde este nivel se observan varias obras en ejecución: Paneles de separación, tuberías, casetas, maquinaria trabajando y demás tareas propias de un proyecto de este tipo. (Énfasis añadido)

Fuente: Informe Técnico de Fiscalización Ambiental, DFZ-2021-1258-XI-SRCA (mayo 2021), Superintendencia del Medio Ambiente; pág. 3.

Asimismo, el citado informe de Fiscalización Ambiental, no solo da cuenta de que las actuales obras de construcción del proyecto son absolutamente visibles desde el atractivo turístico del río Los Maquis; sino que aporta antecedentes que confirman que **las obras permanentes de éste, una vez ejecutadas – como ocurre actualmente – será infraestructura que alterará el valor paisajístico y turístico del área, de manera igualmente permanente.**

*“Se observaron avances en la construcción de la bocatoma y en el trazado de la tubería de baja presión. **Esta tubería está pintada de color verde continuo. El encargado indica que esta tubería quedará ubicada sobre el nivel del suelo y que el proyecto no considera su soterramiento.***

Las obras de la bocatoma serán visibles desde el costado oeste del arroyo, que corresponde a la zona de visita de turistas, pero informa el encargado que están evaluando su cobertura con piedra y otros elementos del entorno que minimicen su presencia.” (Énfasis añadido).

Fuente: Informe Técnico de Fiscalización Ambiental, DFZ-2021-1258-XI-SRCA (mayo 2021), Superintendencia del Medio Ambiente; pág. 3.

Lo anterior, tal como hicieron presente los denunciantes a la Superintendencia del Medio Ambiente¹⁹, no solo ha de sustentar se tenga por satisfecho el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de su Ley Orgánica; sino que, además, habrá de motivar la

¹⁹ Tanto en presentación del 21 de octubre de 2021, como en presentación del 27 de mayo de 2022; ambas efectuadas ante la Superintendencia del Medio Ambiente.

calificación de la infracción cometida como **gravísima**, conforme con el artículo 36 número 1. letra f) del mismo texto normativo.

2.2. Impactos por la extracción de caudales desde el río Los Maquis, para la marcha blanca del proyecto hidroeléctrico de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.

Considerando que existen antecedentes que dan cuenta que la central hidroeléctrica Los Maquis operó, a prueba o en supuesta “marcha blanca”, desde el 30 de noviembre de 2021 hasta el 20 de mayo de 2022; **resulta indubitado que, durante casi 6 meses, el río Los Maquis y los ecosistemas que dependen de su régimen natural de caudales, han estado siendo afectados por los severos y permanentes impactos ambientales de la extracción de caudales para la generación de energía de la central.** Impacto que, ya en octubre de 2021, este Ilustre Tribunal Ambiental advirtió que debía motivar el ingreso del proyecto al Sistema de Evaluación Ambiental, en tanto susceptible de afectar gravemente la Zona de Interés Turístico Chelenko.

“CUADRAGÉSIMO. Que, a la luz de la descripción del proyecto hecha por el titular, se aprecia que la sola extracción de parte del caudal en el cauce del brazo este del río Los Maquis y su posterior restitución aguas abajo, luego de haber pasado estas aguas por las tuberías y casa de máquinas de la central hidroeléctrica; es un hecho que por sí mismo basta para establecer la susceptibilidad de afectación a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y con ello a la ZOIT. Lo anterior se funda en que tales obras traen consigo una alteración de carácter permanente del mismo, debido a la disminución del caudal que ingresa al sector de pozones y la cascada, elemento principal de este atractivo turístico. Amén de ello, y con motivo de esta extracción, el titular se ha comprometido a medir y mantener lo que ha denominado un «caudal escénico» o «caudal paisajístico» de 366 l/s (a modo ejemplar, algunos de los términos usados por el titular a fs. 154, 158, 162, 164, 168, 171, 173, 220, 229, 469, 670 y 752), al cual se le inyectaría aire para mantener el esponjamiento visual de la caída de agua. Este solo compromiso voluntario, da cuenta de una acción de compensación a un elemento del ambiente, que forma parte de los objetos de protección del área colocada bajo protección oficial, y que impresiona al menos como susceptible de ser afectado por el proyecto; puesto que, de no mediar tal esponjamiento en el caudal escénico, el salto de agua podría verse perjudicado en su atractivo original...”.

Adicionalmente, no podemos sino hacer presente el serio cuestionamiento a los antecedentes y estudios técnicos de diseño y sobre los cuales fue construida la Central

Hidroeléctrica Los Maquis; realizado por el doctor Alejandro Dussaillant (Ph.D. en Ingeniería Civil y Ambiental de la Universidad de Wisconsin-Madison, EE.UU.), en su Informe titulado “*Análisis de antecedentes hidrológicos de Proyecto Hidroeléctrico Los Maquis*”. Informe en el cual, efectuando un análisis técnico de los antecedentes que la titular del proyecto ha puesto en conocimiento de la autoridad ambiental, concluye que ellos NO permiten descartar la producción de impactos significativos producto de la marcha blanca de la central hidroeléctrica en el río Los Maquis sobre el río Los Maquis, su régimen de caudales y el ecosistema que de éste depende:

“3. Conclusiones y Recomendaciones

En suma, desde el punto de vista hidrológico, pero también desde el punto de vista ecológico, los antecedentes carecen de una adecuada Línea Base (física y biológica) de la zona del proyecto que permita estimar posibles impactos. Y desde esa base poder identificar posibles impactos para de ahí evaluarlos correctamente y mitigarlos de la mejor forma posible, así como plantear adecuados planes de monitoreo, seguimiento y contingencia relativos a los Regímenes Naturales del río (caudales, sedimentos, térmico, etc) así como de los ciclos de vida de las especies acuáticas y terrestres vecinas al sistema fluvial. En la experiencia de este consultor, proyectos como éste deben ingresar al SEIA para que lo anterior sea más adecuadamente tomado en cuenta.

Desde el punto de vista de este consultor científico y su experiencia en la materia, cabe la aplicación del Principio Precautorio: el evaluador (Servicio de Evaluación Ambiental) debe posicionarse desde el escenario más desfavorable para el medio ambiente; vale decir, exige un enfoque metodológico que asuma que los proyectos hidroeléctricos de pasada son susceptibles de ocasionar dichos (documentados) impactos ambientales. Siendo deber del titular del proyecto o actividad, aportar los antecedentes científicos necesarios y suficientes, para descartar que su proyecto presente o genere dichos impactos ambientales, o bien declararlos explícitamente junto con las debidas evaluaciones y medidas mitigatorias. Dados los escasos antecedentes aportados por Edelaysén en las instancias administrativas revisadas, a lo menos metodológicamente, ha de asumirse que el proyecto es susceptible de generar aquellos impactos ambientales que documentadamente se ha estudiado son susceptibles de generar los proyectos hidroeléctricos de pasada.”

Fuente: Informe “*Análisis de antecedentes hidrológicos de Proyecto Hidroeléctrico Los Maquis*”, dr. Alejandro Dussaillant.

Nuevamente, tal como hicieron presente los denunciantes a la Superintendencia del Medio Ambiente²⁰, lo anterior no solo ha de sustentarse en que se tenga por satisfecho el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de su Ley Orgánica; sino que, además, habrá de motivar la calificación de la infracción cometida como **gravísima**, conforme con el artículo 36 número 1. letra f) del mismo texto normativo.

2.3. *Afectación al valor turístico y ambiental de la Zona de Interés Turístico Chelenko, producto de las emisiones de ruido y material particulado generado en la etapa de construcción del proyecto de Edelayés S.A.*

Además de lo anterior, cabe hacer presente los importantes impactos ambientales ocasionados por la **emisión de material particulado y ruido**, producto de las faenas constructivas del proyecto; emisiones que resultan absolutamente gravosas, en atención del especial objeto del área bajo protección oficial en que se emplaza, precisamente una zona de interés turístico.

Al efecto, es menester indicar que, si bien el titular acompañó ante la Superintendencia del Medio Ambiente el “Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA” e “Informe de estimación de emisiones atmosféricas”, **éstos no se hacen cargo del impacto que dichas emisiones son susceptibles de generar en el área puesta bajo protección oficial en que se emplazan, ni en su valor turístico y ambiental**; limitándose a evaluar la afectación por ruido y material particulado respecto de **receptores sensibles**, dentro de los cuales **no se considera a las personas (visitantes, turistas, habitantes de localidades aledañas) que visitan y recorren el atractivo turístico en que se desarrollan las obras del proyecto, ni mucho menos la biodiversidad que desarrolla sus procesos vitales en la zona**²¹ (que ni siquiera ha sido caracterizada mínimamente por medio de una línea de base adecuada).

Al efecto, cabe tener especialmente presente los siguientes párrafos del “Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA” acompañado por la titular:

²⁰ Tanto en presentación del 21 de octubre de 2021, como en presentación del 27 de mayo de 2022; ambas efectuadas ante la Superintendencia del Medio Ambiente.

²¹ Elemento del todo relevante, en tanto no existe un levantamiento de información de línea de base respecto de la biodiversidad (mamíferos, aves, reptiles, roedores, etc...) que pudieren verse afectados por los impactos del proyecto, en especial, los impactos por emisión de ruido asociado a sus obras de construcción.

"2 OBJETIVOS

- Realizar una caracterización general del entorno de emplazamiento del Proyecto e identificar los **puntos receptores comunitarios más cercanos**, los cuales eventualmente pueden ser afectados por las emisiones sonoras generadas en su fase de construcción, determinando su estándar de permisibilidad de ruido de acuerdo con lo estipulado en norma D.S. N° 38/11 MMA y en el Instrumento de Planificación Territorial vigente.
- Identificar las fuentes de ruido que será utilizadas en la fase de construcción y su emplazamiento en las faenas.
- **Evaluar los niveles de presión sonora proyectados en los receptores críticos** según los estándares de permisibilidad de ruido definidos de acuerdo a norma D.S. N° 38/11 MMA." (Énfasis añadido).

Fuente: "Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA",
pág. 4.

"Receptor: toda persona que habite, resida o permanezca en un recinto, ya sea en un domicilio particular o en un lugar de trabajo, que esté o pueda estar expuesta al ruido generado por una fuente emisora de ruido externa." (Énfasis añadido).

Fuente: "Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA",
pág. 6.

"6. IDENTIFICACIÓN DE RECEPTORES CRÍTICOS

6.1 RECEPTORES CRÍTICOS

En Ilustración 4 se indica la ubicación de los **seis puntos receptores comunitarios identificados como críticos** frente a la evaluación acústica del Proyecto. Se considera en la evaluación **el punto más crítico de cada vivienda**, a objeto de representar el escenario más desfavorable para los receptores comunitarios, producto del ruido generado por la etapa de construcción del Proyecto." (Énfasis añadido).

Fuente: "Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA",
pág. 22.

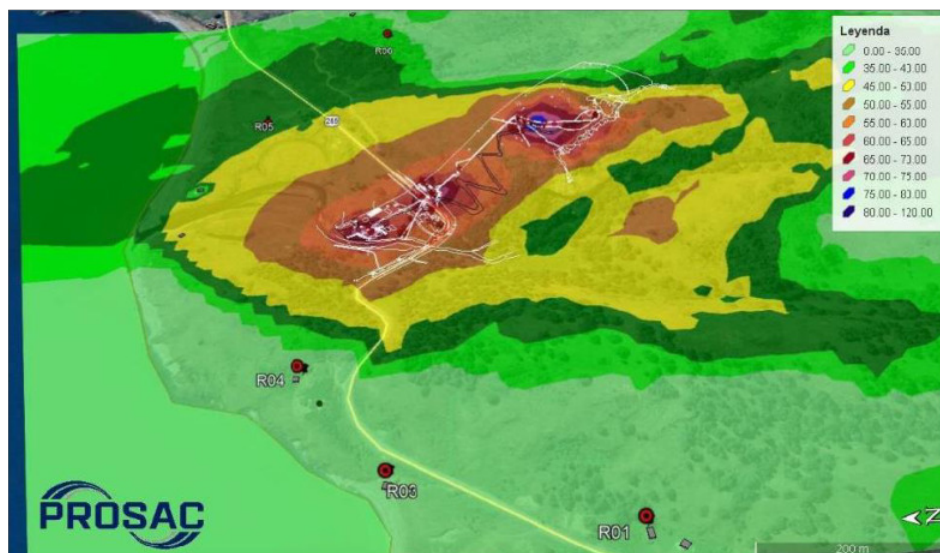


Fuente: “Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA”, Ilustración 4. Ubicación de receptores críticos del Proyecto, pág. 22.

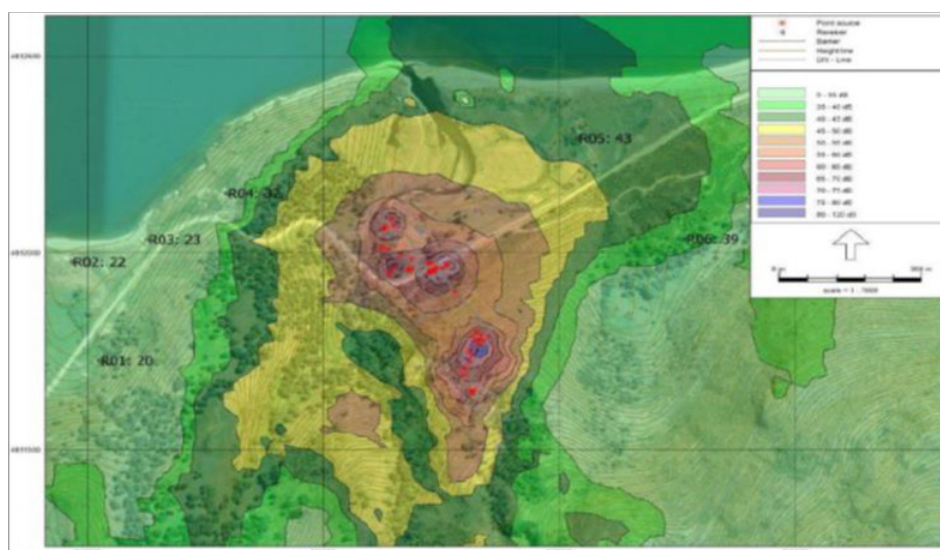
Ciertamente, una evaluación que tuviere en vista el especial objeto de protección de la Zona de Interés Turístico Chelenko en tanto área puesta bajo protección oficial, no puede omitir – como lo ha hecho la titular – la evaluación del impacto acústico sobre las personas que se encuentren en zonas más aledañas a las faenas del proyecto, precisamente visitando el área que constituye un relevante atractivo turístico; siendo claro, asimismo, la ausencia absoluta de evaluación de la afectación al valor turístico y ambiental de la Zona de Interés Turístico Chelenko que dichas emisiones han provocado.

Sin lugar a dudas que, en este punto, Edelaysén S.A. no solo no ha descartado adecuadamente la producción de impactos sobre el valor turístico y ambiental del área, considerando el especial objeto de conservación de la Zona de Interés Turístico Chelenko; sino que **es posible afirmar que el proyecto es susceptible de generar – y ha generado – impactos ambientales con ocasión de las emisiones acústicas asociadas a las faenas constructivas de su proyecto. Lo anterior, en tanto se reconoce en el propio Informe que venimos citando, que en el área en que se emplazan los pozones, caídas de agua, cascadas y entorno aledaño, que constituyen el atractivo turístico Los Maquis, los niveles sonoros pueden alcanzar entre los 45 y 75 decibeles, sobrepasando la norma de referencia, según las**

propias estimaciones efectuadas por la titular del proyecto (máximo entre 40 y 45 decibeles, según D.S. 38/2011 MMA²²).



Fuente: "Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA",
Ilustración 8. Vistas 3D de modelo aplicado en la proyección de niveles
sonoros, pág. 22.



Fuente: "Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA",
Ilustración 18., pág. 41.

²² Al efecto, véase, "Informe de evaluación de emisión de ruido según D.S. n° 38/11 MMA", Párrafo 6.3. Límites permisibles de ruido; página 26 y siguientes.

Además de lo anterior, SS. Ilustre, cabe hacer presente que **a la fecha no existe antecedente alguno que permita advertir ni evaluar los impactos que las emisiones sonoras de la etapa de construcción del proyecto generó sobre la fauna que desarrolla sus procesos vitales en el área; fauna que, por lo demás, no fue debidamente caracterizada por la titular del proyecto.**

Por último, en cuanto al impacto producido por emisiones de material particulado producidas por las obras de construcción del proyecto, la información proporcionada por la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. adolece de las mismas deficiencias descritas previamente respecto de las emisiones sonoras: **La titular no se ha hecho cargo del impacto generado por las emisiones de material particulado considerando los receptores que se encuentren en el atractivo turístico Los Maquis; ni mucho menos se hizo cargo del impacto que dichas emisiones provocaron sobre el valor turístico y ambiental del área.**

2.4. Impacto sobre el valor cultural y patrimonial, producto de la demolición de la antigua Casa de Máquinas existente en el área de influencia del proyecto; pese a declararse que su estructura sería solo reacondicionada

Como ha señalado la ciencia especializada, “[...] el valor espacial-escénico debe complementarse con otros valores del paisaje que emergen de su comprensión como realidad espacial y, a la vez, cultural...”²³. Agregando, al efecto, que “Es importante señalar que un observador interpreta los atributos perceptibles de un paisaje desde su perspectiva cultural e inclusive afectiva porque **el paisaje, en especial cuando es parte del entorno cotidiano de las personas, se asocia con el sentido de pertenencia y arraigo a un lugar. Esta característica se relaciona con el valor social del paisaje.** Al respecto, debe considerarse que diversos autores (Lynch, 1960, Norberg- Schulz, 1979, Zeisel, 1984, y Burgess, 1978, 1984 y 1988) sostienen que la percepción del entorno físico,

²³ María Dolores Muñoz (et.al.); “Los paisajes del agua en la cuenca del río Baker: Bases conceptuales para su valoración integral”, en *Revista de geografía del Norte Grande* (2006), pág. 34.

involucra una dimensión cognitiva y una dimensión afectiva o emocional, a través de la cual el lugar –expresado en el paisaje– adquiere significado. Actualmente hay consenso que una valoración no puede reducirse al enunciado o juicio de valor, pues, es producto de la dimensión emocional del hombre y de su proximidad afectiva a objetos y lugares a los cuales vincula su sentido de pertenencia y arraigo.”²⁴ (Énfasis añadido).

Como podrá apreciarse SS. Ilustre, el componente cultural y patrimonial estuvo completamente ausente del análisis y evaluación de la Reclamada, al sostener en sede administrativa que su proyecto hidroeléctrico no es susceptible de afectar el valor paisajístico de la Zona de Interés Turístico “Chelenko”. En efecto, no se ha realizado análisis o ponderación alguna, ni se ha acompañado antecedente o estudio de línea de base direccionado a entregar antecedentes en dicha línea, **respecto del significado histórico, cultural, recreativo, educacional, entre otros, del área de influencia del proyecto. Existiendo ausencia absoluta de evaluación de los impactos del proyecto sobre dichos componentes que dotan de sentido, y generan sentimiento de arraigo – motivando la acción en su defensa – en los habitantes de Puerto Guadal, el territorio a intervenir con las obras del proyecto de Edelsén S.A.**

Un claro ejemplo de aquello SS. Ilustre, constituye la absoluta ausencia de consideración por el impacto cultural e histórico – como elemento igualmente constitutivo del paisaje – producido con la demolición de la original Casa de Máquinas de la Central hidroeléctrica Los Maquis, en desuso desde mediados de la década de 1980. Obra construida por antiguos habitantes de la zona, constituyendo vestigio histórico del poblamiento de la zona y de las actividades económicas desarrolladas en ésta; siendo un atributo que era valorizado tanto cultural como turísticamente por los habitantes de Puerto Guadal y sus alrededores.

No obstante, ello, SS. Ilustre, y pese a haberse declarado ante el Servicio de Evaluación Ambiental que dicha casa de máquinas sería solamente rehabilitada, ésta fue íntegramente demolida; produciéndose, además, una profunda intervención de la zona en que dicha antigua infraestructura se emplazaba.

Lo anterior, fue recientemente resaltado por el propio Servicio de Evaluación Ambiental en su Oficio Ordinario número 20221110237 del 20 de mayo de 2022; en virtud de la cual ratificó que el proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén ha sido construido y puesta en marcha blanca en elusión de su deber

²⁴ María Dolores Muñoz (et.al.); “Los paisajes del agua en la cuenca del río Baker: Bases conceptuales para su valoración integral”, en *Revista de geografía del Norte Grande* (2006), pág. 34.

legal de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y, por consiguiente, cometiendo la infracción del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

2.- Que de las actividades de fiscalización se ha podido determinar que las obras realizadas se encuentran, por una parte, muy cercanas al atractivo turístico y por otro, varias de las obras realizadas tienen un carácter permanente que afectarán el valor paisajístico y turístico, así por ejemplo las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas son totalmente distintas a las señaladas originalmente en la Consulta de Pertinencia, toda vez que se refieren a obras permanentes y perceptibles por parte de los visitantes del atractivo, con más que la casa de máquinas, respecto de la cual se dijo que no se afectaría al presentar un valor cultural y paisajístico, la realidad nos dice que ella fue totalmente desmantelada y reconstruida con parámetros totalmente diversos.

Fuente: Oficio Ordinario número 20221110237 del 20 de mayo de 2022
Directora Regional (s) SEA Aysén, procedimiento de Requerimiento de
Ingreso al SEIA, **REQ-005-2022**.

En razón de todo lo previamente expuesto SS. Ilustre, no cabe dudas que la Empresa Eléctrica de Aysén S.A. ha cometido la infracción del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; ello, al haber ejecutado (construido y puesta en marcha blanca) su proyecto hidroeléctrico Los Maquis, sin resolución de calificación ambiental que lo autorizara, al interior de un área puesta bajo protección oficial. Resultando igualmente claro que, la Reclamada cuenta con elementos de juicio suficientes para, a lo menos, formular cargos en contra de la titular del proyecto por la infracción cometida.

Así, encontrándose íntegramente satisfecho y probado el tipo infraccional denunciado, la decisión –motivado de forma insuficiente– de no iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de la Empresa Eléctrica de Aysén S.A., infringe gravemente el Principio de Legalidad que impera en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente, el artículo 47 de su Ley Orgánica y, por cierto, el propio artículo 35 letra b) del mismo texto normativo. Vicio de legalidad que, según lo extensamente razonado en el presente libelo, únicamente es subsanable por medio de la nulidad parcial del acto administrativo reclamado.

D. En subsidio de lo anterior, y para el improbable caso que la SMA se encontrare habilitada para aplicar el principio de oportunidad en la decisión de inicio de un procedimiento sancionatorio, cabe considerar que la resolución exenta 850/2022 carece de toda motivación racional que justifique la decisión adoptada por la reclamada

Como hemos destacado previamente, el acto administrativo Reclamado decidió no formular cargos en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., de acuerdo con lo expresa y reiteradamente solicitado por los denunciantes; señalando única – e insuficientemente – que ello obedece al ejercicio del Principio de Oportunidad, que se encontraría habilitada de ejercer en el marco de sus potestades sancionatorias.

SÉPTIMO: TENER PRESENTE el escrito de Patricio Segura Ortiz ingresado a esta Superintendencia con fecha 27 de mayo de 2022, así como los documentos acompañados a éste. En cuanto a su solicitud de formulación de cargos en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., estese a lo indicado en los considerandos 39° y 40° de esta resolución.

39° Finalmente, debe recordarse que, tal como se indicó al comienzo de este acto, el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede implementar la SMA al alero de la facultad del literal i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, sin perjuicio de poder también imponer alternativa o conjuntamente una sanción de acuerdo al artículo 35 literal b) de la LOSMA sobre la base del principio de oportunidad. Así, este organismo ejerce discrecionalmente tal opción (requerir de ingreso y/o sancionar), con el objetivo de lograr la medida que mejor satisfaga el interés general que subyace a la protección ambiental. En este sentido, en el presente caso, tomando en consideración la discusión que subyace a la configuración de la infracción, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estima suficiente e idónea para tal fin.

40° Ello, sin perjuicio de que el incumplimiento del presente requerimiento tendrá el mérito suficiente para dar inicio a un procedimiento sancionatorio, tanto por la infracción de elusión como por el incumplimiento de la obligación de ingreso al SEIA luego de ser requerido por la SMA.

Fuente: Resolución Exenta número 850 del 6 de junio de 2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente; procedimiento de Requerimiento de Ingreso al SEIA. **REQ-005-2022.**

Es así que, en subsidio de lo planteado previamente en el presente libelo y para el improbable caso en que SS. Ilustre estime que la reclamada se encuentra revestida de

tales márgenes de apreciación discrecional en la decisión de iniciar (o no) un procedimiento administrativo sancionador; no podemos sino hacer presente que la Resolución Exenta número 850/2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente – reclamada en autos – carece de la debida motivación que, la doctrina y jurisprudencia de Contraloría General de la República, exigen en los casos **excepcionales** en los cuales el ejercicio del Principio de Oportunidad podría ser lícitamente aplicado.

En efecto, debemos hacer presente que la Reclamada omite señalar que el reconocimiento de dichos “espacios de discrecionalidad” en el ejercicio de su potestad sancionatoria, en las excepcionales hipótesis en que podría ser procedente, debe **encontrarse debida y racionalmente motivada y fundada**; existiendo “[...] *consenso en la doctrina que la decisión de no iniciar un procedimiento administrativo sancionador puede y debe ser objeto de control por los tribunales de justicia...*”²⁵.

En efecto, como señala la doctrina, “[...] *Contraloría General de la República acaba de emitir un dictamen abriendo la posibilidad de articular un **ejercicio restringido** de la oportunidad en las sanciones ambientales **respecto de las infracciones menores que no tienen capacidad de generar un impacto ambiental**.*”²⁶ (énfasis añadido). Lo anterior, haciendo referencia al Dictamen número 13.758 del 23 de mayo de 2019, en que la Contraloría General de la República razona:

²⁵ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 118.

²⁶ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 109.

"En este sentido, en atención a la normativa antes citada, y considerando los principios de eficiencia y eficacia, así como el deber de la SMA de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública -consagrados en los artículos 3° y siguientes de la ley N° 18.575-, es posible sostener que el legislador le ha conferido a aquella la atribución de fiscalizar el cumplimiento de las RCA y, en forma exclusiva la de ejercer la potestad sancionatoria, cuando, a su juicio, existe mérito suficiente para ello.

*Así y en concordancia con la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 6.190, de 2014, y 4.547, de 2015, debe entenderse que en el ejercicio de las atribuciones que el legislador ha entregado a la SMA, debe existir cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo, para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, **decisión que, en todo caso, es exigible que tenga una motivación y un fundamento racional.***

*Pues bien, según se observa de los antecedentes tenidos a la vista, **la decisión de la SMA de no dar inicio a un procedimiento sancionatorio tuvo una motivación y fundamento racional, esto es, se trató de hallazgos menores que no tenían la capacidad de generar un impacto ambiental**, por lo que, atendidas las consideraciones antes anotadas, su actuar no resulta cuestionable, debiendo esta Contraloría General, en consecuencia, desestimar la reclamación de la especie." (Énfasis añadido).*

Como se observa, no basta únicamente con afirmar que se tiene cierto margen de discrecionalidad en el ejercicio de la Potestad Sancionatoria, como ha hecho la Superintendencia del Medio Ambiente en su Resolución Exenta número 850/2022; por el contrario, el **ejercicio restringido** del Principio de Oportunidad según Contraloría General de la República, **exige que esté expresa y racionalmente motivado o fundamentado. Bastando la sola lectura de la Resolución Exenta número 850/2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente, para advertir su absoluta falta de motivación y, por ende, su manifiesta ilegalidad, en dicha parte.**

Ahora bien, no obstante que la absoluta falta de motivación o fundamentación racional que justifique el empleo del Principio de Oportunidad por parte de la Reclamada, resulta del todo suficiente para dejar sin efecto el acto administrativo reclamado en la especie; es necesario, igualmente, dejar claramente establecido que, en los hechos, tampoco existe argumento alguno que permita fundamentar racionalmente la decisión

adoptada por la Superintendencia del Medio Ambiente. Ello, toda vez que: **a)** En la especie nos encontramos frente a un proyecto que ha causado graves impactos ambientales, sin evaluación de impacto ambiental, al interior de un área puesta bajo protección oficial; vale decir, en caso alguno nos encontramos frente a “*hallazgos menores que no tenían la capacidad de generar un impacto ambiental*”; **b)** no se explica de qué modo, el solo requerimiento de ingreso al SEIA, permite alcanzar de mejor manera los objetivos de interés público cautelados por el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la LO-SMA, mucho menos cuando el procedimiento de evaluación de impacto ambiental tiene un carácter eminentemente preventivo y, en la especie, nos encontramos frente a un proyecto ejecutado íntegramente hace cerca de 3 años; **c)** la titular del proyecto, pese a ser constante y reiteradamente advertida de la ilegal ejecución de su proyecto, no corrigió voluntariamente el incumplimiento a la normativa ambiental ni, mucho menos, eliminó los eventuales efectos de su infracción; y **d)** según ha desarrollado la Doctrina especializada, “*Para el ejercicio de la discrecionalidad en el inicio del procedimiento se requiere que no exista denunciante.*”²⁷

1. *La ejecución del proyecto hidroeléctrico Los Maquis de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. ha generado importantes impactos ambientales al interior de un área puesta bajo protección oficial*

Como se observa del Dictamen de Contraloría General de la República, previamente citado; el empleo del Principio de Oportunidad en la decisión sobre el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, **puede encontrarse excepcional y restringidamente justificado respecto de infracciones o hallazgos menores, no susceptibles de generar impacto ambiental.**

En el mismo sentido, la Doctrina ha razonado que “**Puede no ejercerse la potestad sancionadora cuando se trate de una infracción de escasa o poca lesividad, esto es,**

²⁷ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 116.

que no provoca una alteración en los bienes jurídicos tutelados.²⁸; a contrario sensu, como señala el profesor Bermúdez, “*Cuando las conductas infractoras causan una lesión a intereses colectivos, o bien **revisten especial gravedad**, la reacción posee carácter represivo, consistiendo en la imposición de un mal o castigo al infractor*”²⁹ (énfasis añadido).

En la especie SS. Ilustre, tratándose de un proyecto que la propia Reclamada de autos ha establecido fundadamente que debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental al resultarle aplicable lo prescrito por el artículo 10 letra p) de la Ley número 19.300; forzoso resulta concluir que nos encontramos frente a una conducta infraccional que es susceptible y ha causado **impactos ambientales** en su área de influencia. Ello, **toda vez que el propio artículo 10 de la Ley número 19.300 establece que deben ingresar al SEIA, aquellos proyectos que el legislador HA PRESUMIDO que son susceptibles de generar impactos ambientales en cualquiera de sus fases.**

Ahora bien, la íntegra construcción y posterior operación del proyecto al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental – tal como hicimos presente en el previamente en esta presentación –, ha materializado significativos impactos ambientales en su área de influencia; tales como: **1.** Impactos permanentes sobre un área bajo protección oficial, por la ejecución de las principales obras del proyecto (bocatoma, cámara de carga, tubería a presión, casa de máquinas, camino en zig-zag, canal de restitución); **2.** Impactos por la extracción de caudales desde el río Los Maquis, necesarios para la operación del proyecto hidroeléctrico; **3.** Afectación al valor turístico y ambiental de la Zona de Interés Turístico Chelenko, producto de las emisiones de ruido y material particulado generado en la etapa de construcción del proyecto de Edelayén S.A.; **4.** Impacto sobre el valor cultural y patrimonial, producto de la

²⁸ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 114.

²⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal publishing Chile (2da Edición, 2014), pág. 470.

demolición de la antigua Casa de Máquinas existente en el área de influencia del proyecto; pese a declararse que su estructura sería solo reacondicionada; entre otros.

Siendo así, no se puede sino concluir que **en caso alguno nos encontramos frente a una conducta infraccional – del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente –, que pueda ser catalogada como de hallazgos o infracciones menores, no susceptibles de generar impacto ambiental alguno.** Ello, mucho menos cuando el proyecto en cuestión se ha ejecutado íntegramente al interior de un área puesta bajo protección oficial, **siendo susceptible de afectar su objeto de conservación.**

En este punto, cabe traer nuevamente a colación el considerando CUADRAGÉSIMO de la sentencia del 8 de octubre de 2021 de este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, dictada en los autos RIT R-44-2020; en que dejó clara e indubitadamente establecido que el proyecto considera obras de carácter permanente cuyos efectos, razonablemente, igualmente habrán de impactar permanentemente el área puesta bajo protección oficial en que se emplaza.

CUADRAGÉSIMO. *Que, a la luz de la descripción del proyecto hecha por el titular, se aprecia que **la sola extracción de parte del caudal en el cauce del brazo este del río Los Maquis y su posterior restitución aguas abajo, luego de haber pasado estas aguas por las tuberías y casa de máquinas de la central hidroeléctrica; es un hecho que por sí mismo basta para establecer la susceptibilidad de afectación a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y con ello a la ZOIT.** Lo anterior se funda en que tales obras traen consigo una **alteración de carácter permanente** del mismo, **debido a la disminución del caudal que ingresa al sector de pozones y la cascada, elemento principal de este atractivo turístico.** Amén de ello, y con motivo de esta extracción, el titular se ha comprometido a medir y mantener lo que ha denominado un «caudal escénico» o «caudal paisajístico» de 366 l/s (a modo ejemplar, algunos de los términos usados por el titular a fs. 154, 158, 162, 164, 168, 171, 173, 220, 229, 469, 670 y 752), al cual se le inyectaría aire para mantener el esponjamiento visual de la caída de agua. **Este solo compromiso voluntario, da cuenta de una acción de compensación a un elemento del ambiente, que forma parte de los objetos de protección del área colocada bajo protección oficial, y que impresiona al menos como susceptible de ser afectado por el proyecto; puesto que de no mediar tal esponjamiento en el caudal escénico, el salto de agua podría verse perjudicado en su atractivo***

Original. *Adicionalmente, **las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas, así como el trazado del camino en zig zag que se cubrirá con una capa vegetal no son obras temporales; sino que se trata de obras de carácter permanente que, por su vocación, y junto con el caudal escénico, deben ser ambientalmente evaluadas.** De este modo, **no es efectivo lo sostenido por la SMA en la Resolución Reclamada, en cuanto a que el Proyecto no es susceptible de afectar la ZOIT Chelenko y que, consecuentemente, no requiere de evaluación ambiental previa, al no encontrarse dentro de ninguna de las circunstancias del art. 10 de la Ley N° 19.300** (fs. 833).*

Fuente: Sentencia Ilustre Tercer Tribunal Ambiental del 8 de octubre de 2021, R-44-2020, (Énfasis añadido).

Como se aprecia, en caso alguno puede sostenerse que la infracción cometida por la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. sea insignificante y que no sea susceptible de causar impacto ambiental alguno; al contrario, lo previamente expuesto **no hace sino confirmar que en la especie nos encontramos ante una Infracción Gravísima, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 36 número 1. letra f) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.**

En efecto, en virtud del referido texto normativo, son infracciones Gravísimas las que “Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y **se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley.**” (énfasis añadido). En la especie, según lo expuesto previamente, **no cabe duda que concurre el efecto, característica o circunstancia del artículo 11 letra d) de la Ley número 19.300, esto es:**

“Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”

Al efecto, cabe tener igualmente presente que, de conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 8 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, “*A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares **o territorios con valor ambiental**, se considerará la extensión, magnitud o **duración** de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de **los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar**”.*

En la especie, tratándose de un proyecto que, según clara y categóricamente estableció este Ilustre Tribunal Ambiental, considera obras o acciones susceptibles de afectar de manera PERMANENTE el objeto de protección de un área bajo protección oficial; no puede sino concluirse que nos encontramos frente a un proyecto susceptible de generar un impacto significativo, susceptible de ser subsumido en el literal d) del artículo 11 de la Ley número 19.300 y 8° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Por lo tanto, su ejecución al margen de la ley, como hemos referido previamente, no puede sino ser calificada de gravísima.

Si, como ha establecido Contraloría General de la República, recurrir al Principio de Oportunidad o a la discrecionalidad administrativa en el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio puede encontrarse **excepcional y restringidamente** justificado respecto de infracciones o hallazgos menores, no susceptibles de generar impacto ambiental; de todo lo anteriormente expuesto, **resulta absolutamente evidente que en la especie no existe argumento para sustentar, de manera racional, la utilización de tal Principio por parte de la Reclamada de autos.**

En la especie, el acto administrativo reclamado no solo adolece, en esta parte, de una absoluta falta de debida motivación para sustentar la legalidad de su decisión de no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., no obstante encontrarse plenamente satisfecho el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente;

además, resultaba del todo imposible, a la luz de los antecedentes que obran en el procedimiento administrativo, verter motivo racional alguno para sostener la falta de necesidad de la sanción administrativa y el correcto ejercicio del Principio de Oportunidad.

2. *No se explica de qué modo, el solo requerimiento de ingreso al SEIA, permite alcanzar de mejor manera los objetivos de interés público cautelados por el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la Ley número 19.300, mucho menos cuando el procedimiento de evaluación de impacto ambiental tiene un carácter eminentemente preventivo y, en la especie, nos encontramos frente a un proyecto ejecutado íntegramente hace cerca de 3 años*

En este punto, debemos partir haciendo presente que, según ha razonado la doctrina, “[...] *la sanción administrativa no es la única ni la primera reacción a la infracción sino una alternativa y de ultima ratio en el orden de la eficacia y de la proporcionalidad. Señala que siendo de la esencia de la función administrativa la tutela del interés afectado por la infracción, **la eficacia ordena ejercer primero los poderes que ponen término o enmiendan dicha perturbación antes que sancionar al infractor.** Sostiene que la sanción como primera y única respuesta frente a la infracción se basa en una determinada concepción acerca del ius puniendi estatal, que lo acerca al derecho penal. De esta forma, propone una serie de distinciones. Atendido el carácter eventual y subsidiario de las sanciones administrativas se desprende que éstas puedan ser jurídicamente necesarias o innecesarias, de manera que se abre un nuevo campo de control: la necesidad de la sanción. Así entonces **“la sanción solo se justifica en caso de ineficacia o insuficiencia de los poderes que corrigen la contravención y sus efectos.** Fuera de estas hipótesis, sería innecesaria y, por tanto, desproporcionada e injusta”. En esta línea, Arancibia entiende que la sanción que se aplica una vez que se ha corregido el incumplimiento es desproporcionada.”³⁰.*

³⁰ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 101-103.

Dicho de otro modo, existiendo herramientas no sancionatorias para enmendar la perturbación generada por una infracción a la normativa ambiental, así como sus efectos; según esta doctrina, se encontraría justificado recurrir al Principio de Oportunidad y, como en la especie, decidir no iniciar procedimiento administrativo sancionatorio, no obstante encontrarse satisfecho un tipo infraccional. “*En este supuesto, no obstante configurarse una conducta ilícita (infracción administrativa) como es la ejecución de un proyecto o actividad sin RCA (art. 35 letra b) LOSMA), es posible prescindir de la retribución o castigo que supone la sanción administrativa para concentrarse en la reparación o restablecimiento, conduciendo la conducta del titular al estado de cumplimiento de la normativa ambiental.*”³¹ (Énfasis añadido).

Ahora bien, en la especie, entendemos que resulta del todo imposible conducir íntegramente la conducta de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. al estado de cumplimiento de la normativa ambiental infringida, por medio del Requerimiento de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; ello, toda vez que, **atendido el carácter eminentemente preventivo del referido Sistema, malamente podría entenderse que se puede corregir la infracción del artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, evaluando los impactos ambientales de la etapa de construcción de un proyecto, que ha sido íntegramente ejecutada.** Ciertamente, en tal supuesto, retornar al cumplimiento de una normativa eminentemente preventiva resulta absolutamente imposible.

En efecto, como se sabe, según lo prescrito por el inciso primero del artículo 8° e inciso segundo del artículo 9° ambos de la Ley número 19.300, los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 del mismo texto normativo – como el de la especie – sólo podrán ejecutarse PREVIA evaluación de sus impactos ambientales.

Artículo 8°.- Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

³¹ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 107-108.

Artículo 9°.- *El titular de todo proyecto o actividad comprendido en el artículo 10 deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda. Aquéllos no comprendidos en dicho artículo podrán acogerse voluntariamente al sistema previsto en este párrafo.*

*Las Declaraciones de Impacto Ambiental o los Estudios de Impacto Ambiental se presentarán, para obtener las autorizaciones correspondientes, ante la Comisión establecida en el artículo 86 o Comisión de Evaluación en que se realizarán las obras materiales que contemple el proyecto o actividad, **con anterioridad a su ejecución**. En los casos en que la actividad o proyecto pueda causar impactos ambientales en zonas situadas en distintas regiones, las Declaraciones o los Estudios de Impacto Ambiental deberán presentarse ante el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.*

Lo anterior, como se sabe, es concreción del Principio Preventivo que subyace a nuestra normativa ambiental, en general, y al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en particular. En virtud de dicho principio, según expresamente reconoció el Mensaje del Presidente de la República con que inició la discusión legislativa de la actual Ley número 19.300, “[...] *se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. **No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos***”³² (énfasis añadido); agregando, respecto de la aplicación del referido principio al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que “*Con este instrumento, se pretende evitar que se sigan instalando procesos productivos, que puedan causar graves deterioros al medio ambiente.*”³³.

Siendo así SS. Ilustre, y agravado por que la Resolución reclamada carece, en esta parte, de absoluto fundamento al efecto, resulta del todo incomprensible para esta parte el modo en que, el mero requerimiento de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental, permitiría cumplir con los fines de interés público que justifican el carácter preventivo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; mucho menos cuando el

³² Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley número 19.300; pág. 8.

³³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley número 19.300; pág. 9.

proyecto ha finalizado su fase de construcción, generando grave afectación respecto de los objetos de protección del área bajo protección oficial en que se emplaza.

Por otro lado, lejos de promover el cumplimiento de la normativa ambiental y lejos de cumplir los fines de prevención general y particular que tienen las herramientas sancionatorias de que se encuentra investida la reclamada; la decisión adoptada por la Superintendencia del Medio Ambiente por medio del acto administrativo reclamado, **no es sino un incentivo al incumplimiento de la normativa ambiental**. Ello, en tanto el mensaje que la Reclamada transmite a los desarrolladores de proyectos es: Ejecute sus proyectos en elusión del sistema de evaluación de impacto ambiental, generando graves impactos ambientales en áreas bajo protección oficial; toda vez que el único riesgo que enfrentan es a ser conminados a evaluar (ex post) los impactos ambientales de éste, atendido que la Superintendencia del Medio Ambiente no ejercerá su potestad sancionatoria de acuerdo con el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

3. La titular del proyecto, pese a ser constante y reiteradamente advertida de la ilegal ejecución de su proyecto, no corrigió voluntariamente el incumplimiento a la normativa ambiental ni, mucho menos, eliminó los eventuales efectos de su infracción

Como señala la doctrina que, en este punto, venimos citando; el ejercicio del Principio de Oportunidad puede estar excepcional y restringidamente justificado, cuando el regulado, antes de iniciar el procedimiento sancionador, haya corregido voluntariamente el incumplimiento a la normativa ambiental y eliminado los eventuales efectos del mismo. Correspondiéndole a la Superintendencia en tal hipótesis, constatar “[...] en las actuaciones previas a la iniciación del sancionatorio, que el presunto infractor dio cumplimiento efectivo a la norma infringida, y que no se han producido efectos del incumplimiento o han sido remediados.”³⁴.

³⁴ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 115.

En la especie, en caso alguno puede entenderse que concurre tal hipótesis, desde que la titular del proyecto no solo ha culminado la construcción de su proyecto al margen de la Ley sino que, inclusive, comenzó la operación de su central hidroeléctrica; paralizando la operación de ésta, únicamente cuando advirtió que toda la institucionalidad ambiental – Servicio de Evaluación Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente y Tribunales Ambientales – estuvieron contestes en que su proyecto se encontraba en elusión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Es más, tal como hemos expuesto previamente, ni siquiera el hecho de que SS. Ilustre estableciera que el proyecto debía ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental al ser susceptible de afectar significativamente el objeto de protección de un área bajo protección oficial, fue motivo suficiente para que la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. corrigiera su actuar infraccional y diera cumplimiento a la normativa ambiental infringida. Por el contrario, con total temeridad, desprecio por la legalidad y apostando a los hechos consumados, la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. continuó y culminó la etapa de construcción de su proyecto, realizó las pruebas de su funcionamiento e, inclusive, comenzó la operación y la inyección de energía al sistema eléctrico General Carrera.

Sin duda, dicho actuar de la titular del proyecto, no armoniza con la hipótesis excepcional y restringida en que sería posible justificar la utilización del Principio de Oportunidad y no dar inicio a un procedimiento sancionatorio, encontrándose satisfecho un tipo infraccional como en la especie.

4. Para el ejercicio de la discrecionalidad en el inicio del procedimiento se requiere que no exista denunciante

Por último, la absoluta improcedencia del Principio de Oportunidad y la falta de motivación de la Resolución Exenta número 850/2022 de la Superintendencia del

Medio Ambiente, resulta evidente desde que, como señala la doctrina, “***Para el ejercicio de la discrecionalidad en el inicio del procedimiento sancionador se requiere que no exista un denunciante.***”³⁵

Ello, según razona, encuentra justificación en que “[...] *Todo parece indicar que el diseño legislativo entiende a la denuncia no solo como una forma de clausurar un sistema de fiscalización (especialmente en las actividades no programadas) sino además como un incentivo al ciudadano que colabora con la función administrativa. De esta manera cualquier ciudadano puede efectuar una denuncia para colaborar con el cumplimiento de la ley, y así satisfacer el interés público, que no es otro que la protección del medio ambiente. En este sentido, postular un ejercicio discrecional de la potestad sancionadora, que haga depender la iniciación del sancionatorio a la estrategia regulatoria de la SMA, haría perder toda virtualidad a la función que el denunciante cumple en el sistema ambiental.*”³⁶ (énfasis añadido).

Siendo así, nuevamente, no puede entenderse debida y racionalmente motivada la decisión adoptada en esta parte por la Superintendencia del Medio Ambiente en aplicación del Principio de Oportunidad. En efecto, como señala la doctrina citada, existiendo denunciante – como indudablemente ocurre en la especie – la Superintendencia del Medio Ambiente debió dar respuesta fundada a las pretensiones y alegaciones de las partes, no pudiendo dejar de ejercer su potestad sancionatoria en aplicación del Principio de Oportunidad cuando ha sido legalmente requerido su ejercicio.

Sin duda SS. Ilustre, en razón de lo expuesto en el presente apartado, resulta del todo imposible concluir que existan motivos o fundamento racional para justificar, en

³⁵ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 116.

³⁶ HUNTER AMPUERO, Iván; “Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2020); pág. 116-117.

aplicación del Principio de Oportunidad, la decisión de no formular cargos en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A. por la ejecución ilegal de su proyecto hidroeléctrico Los Maquis. **Siendo claro, en razón de ello, que el acto administrativo reclamado habrá de ser dejado parcialmente sin efecto, debiendo dictarse un acto administrativo fundado de formulación de cargos en contra de Edelaysén S.A. de acuerdo con lo prescrito por el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, no siendo óbice para ello que, además, se requiera el ingreso de la actividad al sistema de evaluación de impacto ambiental.**

POR TANTO; en razón de lo expuesto, normativa citada y demás disposiciones aplicables a la materia;

A S.S. ILUSTRE RESPETUOSAMENTE PIDO; se sirva tener por interpuesta Reclamación en contra de la Resolución Exenta número 850/2022, dictada por el Superintendente don Emanuel Ibarra Soto, solo en cuanto la Superintendencia del Medio Ambiente decidió no iniciar un procedimiento sancionatorio, conforme al artículo 35 letra b), en contra del proyecto “Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis” de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A.; anular dicha decisión y en definitiva disponer:

1. Que se deja sin efecto la Resolución Exenta número 850 del 07 de junio de 2022, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, don Emanuel Ibarra Soto, en aquella parte que resuelve no dar inicio al procedimiento administrativo sancionador (punto resolutivo SÉPTIMO);
2. Que, se ordena a la Superintendencia del Medio Ambiente, iniciar procedimiento sancionatorio en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., por la infracción contenida en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente;
3. Con expresa condena en costas de la reclamada.

PRIMER OTROSÍ: SÍRVASE S.S. ILUSTRE, tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Resolución Exenta número 850 del 07 de junio de 2022, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, don Emanuel Ibarra Soto.
2. Copia de correo electrónico fechado al 07 de junio de 2022, por medio del cual se notificó a mis representados, el acto administrativo reclamado.
3. Copia autorizada ante notario con fecha 30 de junio de 2022 de Mandato Judicial suscrito por Escritura Pública en favor del abogado que comparece, por don Cristóbal Weber Mckay y otros.; instrumento suscrito con fecha 04 de noviembre de 2020, ante don Matías Roberto Rand González, Abogado y Notario Público, Conservador y Archivero Judicial Titular de Cochrane, repertorio N°297-2020.

SEGUNDO OTROSÍ: SÍRVASE S.S. ILUSTRE, tener presente que el abogado que comparece lo hace por Mandato Judicial otorgado por don Cristóbal Weber Mckay y otros.; instrumento suscrito con fecha 04 de noviembre de 2020, ante don Matías Roberto Rand González, Abogado y Notario Público, Conservador y Archivero Judicial Titular de Cochrane, documento que se acompaña al Primer Otrosí de esta presentación.

TERCER OTROSÍ: SÍRVASE S.S. ILUSTRE, de conformidad al artículo 22 de la Ley 20.600, tener presente que designo para efectos de notificación el siguiente correo electrónico r.menesestapia@gmail.com.