

DOCTRINA

Infracción administrativa de elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Criterios y eficacia de los procedimientos de la Superintendencia del Medio Ambiente

Administrative infraction of Environmental Impact Assessment Avoidance: Criteria and effectiveness of the procedures of the Superintendence of the Environment

Gustavo Arellano-Reyes 

Investigador independiente, Chile

Teresita Chubretovic Arnaiz 

Investigadora independiente, Chile

RESUMEN La elusión al Sistema de Evaluación al Impacto Ambiental (SEIA) corresponde a una infracción que ha sido regulada primeramente en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) y, recientemente, en la Ley 21.595 sobre delitos económicos. Este estudio se enfoca en la elusión como infracción administrativa (artículo 35, letra b, de LOSMA) y en los procedimientos que la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) utiliza para abordarla. Este organismo utiliza, discrecionalmente, dos procedimientos para abordar esta infracción: uno ordinario, llamado procedimiento sancionatorio y, otro especial, conocido como «requerimiento de ingreso al SEIA». Ambos procedimientos persiguen fines diferentes. El primero, tiene como propósito cursar una sanción (objetivo punitivo y disuasivo), mientras que el segundo, tiene como horizonte instar al cumplimiento de la normativa, a través del sometimiento de la actividad elusiva al SEIA, sin cursar una sanción al efecto (objetivo correctivo). Esta facultad discrecional ha sido reconocida por la jurisprudencia, en función de la aplicación de los principios de oportunidad, eficiencia y eficacia administrativa. El objetivo de este trabajo escrito es analizar el valor del procedimiento de requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación al Impacto Ambiental, desde la perspectiva del cumplimiento de su finalidad correctiva, y si este procedimiento puede satisfacer los intereses generales de la labor fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuestionando si es tolerable únicamente exigir el ingreso de un proyecto en elusión al Sistema de Evaluación al Impacto Ambiental y morigerar la función de la sanción como un aspecto disuasivo para este tipo de infracción.

PALABRAS CLAVE Elusión al SEIA, infracción administrativa, procedimiento correctivo, requerimiento de ingreso al SEIA.

ABSTRACT Environmental Impact Assessment (EIA) avoidance is an infraction that has been primarily regulated in the Organic Law of the Superintendence of the Environment (LOSMA) and, more recently, in law number 21.595 on economic crimes. This study focuses on EIA avoidance as an administrative infraction (article 35, letter b of the LOSMA) and on the procedures that the Superintendence of the Environment (SMA) uses to address it. The Superintendency of the Environment (SMA) employs two discretionary procedures to address this infraction: a regular punitive procedure and a special procedure known as «requirement for submitting to EIA». Both procedures serve different purposes: the first one aims to impose a sanction (with a punitive and deterrent objective), while the second aims to ensure compliance with regulation by subjecting avoidant activities to EIA without imposing a penalty (with a corrective objective). This discretionary power has been recognized by jurisprudence based on the administrative principles of opportunity, efficiency and effectiveness. The objective of this study is to analyze the value of the requirement for submitting to EIA procedure. This, from the perspective of achieving its corrective purpose and to assess whether it can serve the broader interests of the SMA's supervisory work. It questions whether it is acceptable to solely demand the submission of a project in avoidance to EIA, mitigating the punitive function and its deterrent effect regarding this kind of infraction.

KEYWORDS EIA avoidance, administrative infraction, corrective procedure, requirement for submitting to EIA.

Introducción

La elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) corresponde a una infracción que, primeramente, ha sido regulada en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) y, recientemente, en la Ley 21.595 sobre delitos económicos. El artículo 3 de la LOSMA, en sus literales i) y j), prescribe que, dentro de las funciones y atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), se encuentra la de requerir actividades o sus modificaciones que debieron someterse al SEIA y que no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA); esto mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos, con el fin de que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente. Además, el literal b) del artículo 35 de la LOSMA señala que le corresponderá a la SMA el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, respecto de la ejecución de proyectos y desarrollo de actividades para los que la ley

exige RCA y el incumplimiento del requerimiento efectuado en virtud de los literales i) y j) del artículo 3.

De estas disposiciones, se concluye que, para que se cumplan los requisitos de esta infracción administrativa, únicamente se requiere acreditar la elusión al SEIA y la culpa o dolo del autor no forma parte del análisis.¹ Lo anterior cobra relevancia, considerando que en la actualidad el legislador, abordando la gravedad de las consecuencias de una elusión, establece en el artículo 305 de la Ley 21.595 sobre delitos económicos un nuevo tipo penal ambiental dirigido a aquellos titulares que eludan el SEIA. El tipo penal, a diferencia de la elusión administrativa, agrega como requisito el «a sabiendas», o la intencionalidad del titular de eludir. No obstante, el objetivo del presente estudio es el tratamiento de la elusión en sede administrativa y no el tipo penal.

La SMA utiliza discrecionalmente dos procedimientos diferentes para abordar las elusiones al SEIA (Carrasco Quiroga, Sepúlveda Fierro y Alfaro González, 2022: 329). Una alternativa es la formulación de cargos, en el marco de un procedimiento sancionatorio, según prescribe el artículo 49 de la LOSMA. Este procedimiento puede clasificarse como ordinario, dado que aplica de manera general a todas las infracciones cuya potestad sancionatoria corresponde a la SMA. Un segundo mecanismo corresponde al requerimiento de ingreso al SEIA, el cual no se encuentra definido por la LOSMA de manera expresa, pero puede desprenderse de la redacción de los literales i) y j) del artículo 3 y que, por lo tanto, puede ser clasificado como un procedimiento especial. Tal como se indica en la Resolución Exenta 1445 de 2023 de la SMA (RE 1445/2023),² que «aprueba las instrucciones para la tramitación de los procedimientos de requerimientos de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental», y en su artículo 2:

La Superintendencia podrá iniciar facultativamente un procedimiento administrativo sancionatorio y/o un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA de un proyecto o actividad, o modificación o ampliación de proyecto o actividad, en elusión, conforme a las particularidades de cada caso.

Es decir, la SMA puede optar entre el ejercicio de una u otra herramienta, según estime conveniente. Al respecto, el Tercer Tribunal Ambiental³ reconoce que la

1. Esto ha sido ratificado, entre otras, en sentencia de 21 de noviembre de 2023 del Tercer Tribunal Ambiental (R-11-2023). Allí se indica que, en el derecho administrativo sancionador, para configurar la infracción, basta que se acredite la mera inobservancia a los deberes de cumplimiento establecidos en la ley o reglamento —en este caso, de la obligación de ingresar al SEIA—, sin que se requiera evaluar el grado de intencionalidad con que actuó el infractor. En esta sede, la intencionalidad es solo una circunstancia para determinar la sanción específica.

2. Superintendencia del Medio Ambiente, Resolución Extenta 1445 (RE 1445/2023), 2023. Disponible en <https://bit.ly/3RRBzGj>.

3. Sentencia R-9-2023, 17 de octubre de 2023.

SMA, en virtud del principio de oportunidad, cuenta con espacios de discrecionalidad para optar entre requerir el ingreso al SEIA de manera conjunta con la sanción, luego de haber concluido un procedimiento administrativo sancionatorio, o bien aplicar indistintamente una u otra medida (considerando 18). Asimismo, la Resolución Exenta 1445/2023 refuerza en su artículo 22 que la tramitación de un procedimiento de requerimiento de ingreso no obsta a la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio y que ambos procedimientos podrán substanciarse de forma simultánea.

Si bien ambos procedimientos tienen como propósito perseguir la infracción de elusión, sus fines son diferentes. El procedimiento sancionatorio, como indica su nombre, tiene como meta imponer una sanción, haciendo manifiesto el *ius puniendi* del Estado para contrarrestar la infracción. Por otra parte, el procedimiento de requerimiento de ingreso no tiene como finalidad imponer una sanción, sino que opera como un mecanismo de corrección, ya que su consecuencia es que un titular en elusión obtenga una RCA que lo habilite para seguir desarrollando su actividad de manera regular, sin ser la sanción una cuestión necesaria para el éxito del procedimiento. En ese sentido, se define en el artículo 3:

El procedimiento administrativo de requerimiento de ingreso es un procedimiento administrativo correctivo que tiene por objeto determinar si el proyecto o actividad investigada debió someterse al SEIA y, en caso de que se compruebe la obligación, requerir el ingreso del proyecto o actividad al SEIA, con el propósito de que obtenga una RCA favorable.

Revisado el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNI-FA), se observa que un total de 178 procedimientos de elusión han sido abordados por requerimiento de ingreso al SEIA al mes de diciembre de 2023. La mayoría de estos casos se levantan sobre la base de informes de fiscalización ambiental que solo construyen como hallazgo la elusión al SEIA; es decir, no hay otra infracción asociada al titular. Además, en primera instancia, el hallazgo de elusión no trae como consecuencia alguna externalidad ambiental negativa o un riesgo a la salud de la población. De esta manera, se puede levantar como premisa que los casos de elusión simple son abordados por requerimiento de ingreso al SEIA y que casos de elusión más complejos, serían abordados mediante un procedimiento sancionatorio. Sin embargo, esta conclusión no aplica a la generalidad de los casos⁴ y tampoco

4. Se han procesado informes de fiscalización ambiental mediante requerimiento de ingreso al SEIA, sin perjuicio que la elusión al mismo también se asocia al incumplimiento de una norma de emisión (vertimiento de residuos industriales líquidos en aguas superficiales) o significa alguna hipótesis de riesgo ambiental y a la salud de la población (planteles de cerdos o vertederos): REQ-004-2018; REQ-011-2019; REQ-023-2019; REQ-014-2020; REQ-020-2021; entre otros.

se encuentra establecida en alguna instrucción, guía o dictamen de la SMA. De hecho, la resolución del organismo fiscalizador que instruye sobre esta materia no hace mención al criterio que ocupa la autoridad para optar por un procedimiento u otro.

El objetivo del presente estudio es analizar la eficacia del procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, desde la perspectiva del cumplimiento de su finalidad correctiva. Asimismo, verificar si este procedimiento puede satisfacer los intereses generales de la labor fiscalizadora de la SMA, cuestionando si es tolerable únicamente exigir el ingreso de un proyecto en elusión al SEIA y morigerar la función de la sanción como un aspecto disuasivo para este tipo de infracción.

Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental e infracción de elusión

El artículo 8 de la Ley 19.300⁵ establece que todo proyecto, actividad o su modificación que se encuentre listado en el artículo 10 de la misma ley, deberá ejecutarse previa evaluación de su impacto ambiental, es decir, deberá someterse al SEIA y obtener una RCA favorable para poder ser ejecutado. Esta lógica corresponde a una manifestación del principio de prevención presente en el mensaje de la Ley 19.300, del cual se desprende que el SEIA sería un instrumento para evaluar el impacto ambiental de proyectos que se van a ejecutar con posterioridad (Bermúdez Soto, 2014: 265), no cumpliendo con sus objetivos un procedimiento de evaluación extemporáneo cuando un proyecto ya ha sido ejecutado. De esta manera, en principio, la evaluación de impacto ambiental de un proyecto que se encuentra en elusión no satisface el objetivo que tuvo el legislador al crear el SEIA.

La Contraloría General de la República (CGR), en el dictamen 18602N¹⁷, reconociendo esta situación como una irregularidad, indica:

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 causa de tal ejecución irregular.

En este sentido, la Contraloría asume la necesidad que un proyecto en ejecución que cumple con los requisitos normativos para ser evaluado, cuente con su respectiva RCA. Pero, además, en atención del principio de coordinación del artículo 5, inciso segundo, de la Ley 18.575, reconoce la obligación del SEA de informar esta situación a la SMA, quien debería dar inicio a un procedimiento sancionatorio, sin hacer men-

5. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994. Disponible en <https://bit.ly/3I9HuCa>.

ción a la posibilidad de optar por un procedimiento correctivo como sería el procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA.

Pues bien, para entender cuándo un proyecto se encuentra en una hipótesis de elusión, se debe analizar su pertinencia de ingreso al SEIA. El artículo 10 de la Ley 19.300 establece un catálogo de tipologías de proyectos o actividades que el legislador presume susceptibles de generar un impacto ambiental y que, por tal razón, requieren ser evaluadas previamente. Dentro de estas tipologías, se encuentran proyectos mineros, inmobiliarios, industriales, de saneamiento, entre otros. En esta línea, el artículo 3 del reglamento del SEIA especifica cada una de estas tipologías, explicando las circunstancias que se deben cumplir para que ellas se satisfagan y señala umbrales que, de ser sobrepasados, hacen exigible el ingreso al SEIA.

No obstante, hay tipologías que no obedecen a un umbral y el análisis de pertinencia de ingreso al SEIA y/o elusión generan mayor dificultad. Por ejemplo, la aplicabilidad de las tipologías p) ejecución de proyectos en áreas colocadas bajo protección oficial y s) ejecución de actividades que alteren las características físicas o químicas de un humedal urbano, responden a criterios que han sido construidos por la jurisprudencia administrativa y/o judicial para definir cuándo corresponde el ingreso o no de un proyecto al SEIA.

En ese sentido, mediante Oficio E129413/2021, la CGR⁶ resuelve criterios para definir el ingreso al SEIA de proyectos o actividades que se localicen o relacionen con humedales urbanos por el literal p), con el que se requiere declaración expresa del área protegida, y para el literal s), no se requiere de tal declaratoria, sino solo debe encontrarse ante un humedal cuya parte o totalidad se emplace dentro del área urbana regulada por un instrumento de planificación territorial. De acuerdo a este criterio se definió el análisis de elusión abordado por la SMA en casos como *Paseo Costanera laguna La señoraza* (REQ-012-2021), *Obras de reposición Costanera Coquimbo* (REQ-016-2021) o *Vía elevada avenida Frei ruta 9 norte* (REQ-018-2021).

En cuanto a las otras categorías de áreas colocadas bajo protección oficial, la CGR, mediante el dictamen 4000N16, complementa el listado de actividades que deben entenderse colocadas bajo protección oficial, incluyendo a las zonas de conservación histórica y a los inmuebles de conservación histórica, lo cual ha determinado el análisis de elusión realizado por la SMA en casos como el archivo de la denuncia asociada al edificio Urmeneta en la comuna de Limache (RE 1537/2021 SMA). En la misma línea, el dictamen 48164N16 incluye a los humedales que se localicen dentro de sitios prioritarios para la conservación en el listado de áreas colocadas bajo protección oficial. En cuanto a criterios provenientes de tribunales, se ha puesto en discusión, para la aplicabilidad del literal p), la exigencia de que los proyectos o actividades se

6. Servicio de Evaluación Ambiental, Instructivo en relación a la aplicación de los literales p) y s) del artículo 10 de la Ley 19.300, 2022. Disponible en <https://bit.ly/3RuLW1q>.

localicen dentro de un área colocada bajo protección oficial, siendo suficiente que la proximidad a una de estas áreas ponga en riesgo su objeto de protección.⁷

Con esta normativa, se desprende que en Chile la exigencia de someter un proyecto a evaluación ambiental responde, en principio, a una lista taxativa donde se describe específicamente la naturaleza y los requisitos que tienen que tener los proyectos o actividades para verse obligados a ingresar al SEIA (Carrasco Quiroga, Sepúlveda Fierro, Arrué Canales y Alfaro González, 2022: 312). Este listado taxativo permite determinar de manera «sencilla» cuándo un proyecto se encuentra en elusión, ya que si una actividad satisface alguna de estas tipologías, que en general se levantan sobre umbrales objetivos, y no cuenta con una RCA, se encontrarían en elusión (considerar la dificultad que existe para algunas tipologías que no responden a un umbral, como es el caso de los literales s) y p) que se abordaron en el párrafo anterior). Esta configuración en base a listados es el usado en la mayoría de los sistemas latinoamericanos. Ello a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la Unión Europea, donde se ocupan criterios orientadores que conjugan tipo de proyecto, ubicación y umbrales de magnitud, para examinar el ingreso al SEIA caso a caso. De acuerdo a Glasson y Therivel (2014), este sistema de listado redundante en que en Latinoamérica «pueden excluirse proyectos con impactos ambientales significativos (por ejemplo, mineros), incluirse proyectos con efectos insignificantes o ser usado en una manera discrecional por las autoridades llevando a decisiones de pertinencia de ingreso desiguales o arbitrarias» (Glasson y Therivel, 2014: 236).⁸

Ahora bien, pese a que se trata de una lista cerrada, desde el año 2018, la Corte Suprema ha ido sentando el criterio de que hay obligación de evaluación de proyectos que generan impacto aun cuando no configuran tipologías del artículo 10 de la Ley 19.300. Esto, bajo el razonamiento que esta lista menciona los proyectos que obligatoriamente deben someterse al SEIA, pero que ello no significa que no existan otros que también sean susceptibles de generar impacto ambiental y, por lo tanto, también deban contar con RCA previa.⁹

Además, ha señalado que hay obligación de someter proyectos al SEIA que, si bien no cumplen con el umbral de la tipología aplicable, están muy cerca del mismo,

7. Sentencias de la Corte Suprema: *Campo Dunar Concón*, rol 10.477-2019, 5 de junio de 2019; *Zona Típica de Zúñiga*, rol 23.204-2019, 30 de septiembre de 2019; *Hidroeléctrica Río Negro*, rol 28842-2021, 23 de agosto de 2021; *Exploración Minera Cerro Anocarire*, rol 42563-2021, 31 de agosto de 2021.

8. Traducción propia.

9. Sentencias en causa rol 15.499-2018 acumulada con causa rol 15.500-2018 y 15.501-2018, 24 de diciembre de 2018; causa rol 2608-2020, 21 de septiembre de 2020; causa rol 85.952-2021, 23 de junio de 2021; causa rol 28842-2021, 23 de agosto de 2021; causa rol 42563-2021, 31 de agosto de 2021; causa rol 129344-2020, 21 de febrero de 2022; causa rol 45406-2021, 29 de agosto de 2022; causa rol 22467-2023, 8 de junio de 2023; causa rol 91156-2021, 26 de julio de 2023.

en consideración a la alta probabilidad de que se supere.¹⁰ En definitiva, la Corte Suprema ha expandido el alcance del SEIA, para atender a la materialidad de los impactos, más allá de los estándares predefinidos por la Ley 19.300 y por el reglamento del SEIA. Esto remueve la certeza que hasta esa fecha existía sobre el ingreso al SEIA e incentiva el ingreso voluntario de proyectos, cuando se vislumbra que estos, pese a no enmarcarse en las tipologías prediseñadas, tendrán repercusiones ambientales y/o sociales. De igual manera, dificulta la labor fiscalizadora para levantar casos de elusión, ya que un sistema abierto de tipologías de ingreso abre de manera incierta el catálogo y las circunstancias que puede cumplir un proyecto para incurrir en la infracción de elusión.

Por otra parte, la modificación de proyectos también se encuentra afecta a la obligación de ingresar al SEIA y no en todos los casos responde al cumplimiento de una tipología. Como se indicó, el artículo 8 de la Ley 19.300 señala que todo proyecto, actividad o su modificación que cumpla con los requisitos para ser evaluado deberá contar con una RCA previa. Luego, el artículo 2, letra g) del reglamento, analiza este concepto. Al respecto, indica que se entiende por modificación de proyecto o actividad la «realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que esta sufra cambios de consideración». Por lo tanto, cuando una modificación introduzca un cambio de consideración, ello será sinónimo de que para ser ejecutado requerirá contar con una RCA previa y, de no cumplir con ello, se verificaría un caso de elusión. De esta manera, el no ingreso al SEIA de modificaciones que no son de consideración, no correspondería a un caso de elusión, ni a la verificación de una infracción. Sobre esta materia, Carrasco Quiroga, Sepúlveda Fierro y Alfaro González (2022) argumentan que resultaría inoficioso y desproporcionado que todo cambio que se introduzca a un proyecto, cualquiera sea su entidad, magnitud y naturaleza, requiera de evaluación ambiental previa, pudiendo caerse en el absurdo de someter a conocimiento de las autoridades un proyecto que ni siquiera ocasiona un impacto ambiental, lo que vulnera los principios de eficiencia y eficacia que rigen las actuaciones de la Administración del Estado, de conformidad con la Ley 18.575 (2022: 316). En el mismo sentido, la CGR ha indicado en el dictamen 27856N2005 que «las obras de mantención, conservación, rectificación, reconstitución, reposición, renovación o cualesquiera otras obras que no provoquen impactos ambientales adversos, no constituyen una modificación de proyecto sometida a evaluación ambiental».

Esto fue recogido por el anexo del Oficio Ordinario 131456 del 12 de septiembre de 2013 de la Dirección Ejecutiva del SEA, el cual «imparte instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al SEIA», transformándose en circunstancias que deberían ser consideradas por la SMA para levantar una hipótesis de elusión ante casos de modificación de proyectos.

10. Sentencia en causa rol 85431-2021, 16 de marzo de 2022.

Para definir cuándo una modificación corresponde a un cambio de consideración, el artículo 2 letra g) del reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental establece cuatro criterios:

Primer criterio g.1): Las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente reglamento.

Sobre este criterio, dentro de los procedimientos de la SMA, se encuentra el asociado a la «Curtiembre Rufino Melero» (REQ-013-2019).

Segundo criterio g.2): Para los proyectos que se iniciaron de manera previa a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigencia de dicho sistema que no han sido calificados ambientalmente, constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento. [...] Para los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente reglamento.

Se observan casos de elusión por este criterio en los procedimientos asociados al Plantel Agrícola Porcino los Tilos (REQ-012-2019), Vertedero Aconser Mocopulli (REQ-023-2019), Áridos Catalán (REQ-024-2019), la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de Olmué (REQ-004-2020), Centro de ski La Parva (REQ-008-2021), Matadero el Corralillo (REQ-010-2021), Agrícola Tarapacá Lluta (REQ-025-2021).

Tercer criterio g.3): Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad.

No existen procedimientos de requerimiento de ingreso al SEIA asociados a este criterio. No obstante, se han abierto procedimientos sancionatorios, asociados a proyectos como Agro orgánicos Mostazal-Chimbarongo (D-168-2023), «Parque Fotovoltaico Los Corrales del Verano» (D-142-2021).

Cuarto criterio g.4): Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente.”

Tampoco existe procedimientos de requerimiento de ingreso al SEIA asociados a este criterio. En el marco de procedimientos de sanción destaca el asociado a «SQM Salar» (F-041-2016).

Del análisis de estos criterios, se observa que los definidos en los literales g.1) y g.2) responden al listado de tipologías que establece la regulación, y pueden levantar, en la mayoría de los casos, parámetros objetivos para definir cuándo un proyecto requiere o no ingresar al SEIA y en qué casos sería posible levantar una hipótesis de elusión. Se observa mayor número de procedimientos asociados al literal g.2), que corresponde a casos previos a la instalación del SEIA, donde sus modificaciones no fueron regularizadas en conformidad a la normativa. Por otra parte, los criterios definidos en los literales g.3) y g.4) pueden gatillar la obligación de ingresar al SEIA, sin cumplir con una tipología de ingreso al SEIA, sino generando alteración sustantiva de los impactos y/o medidas evaluadas con motivo del proyecto original.

Estas circunstancias pueden dificultar la labor de la SMA para levantar una hipótesis de elusión, dado que se requiere una comprensión exhaustiva del expediente de evaluación ambiental del proyecto original donde se abordan dichos impactos y/o medidas y de competencias propias del SEA para definir si se cumple con las circunstancias para concluir que un proyecto genera o no cambios de consideración. En esta línea, Carrasco Quiroga, Sepúlveda Fierro y Alfaro González (2022) señalan que para el análisis del literal g.3) y g.4) se necesita de una valoración cuantitativa y cualitativa de los impactos que introduce la modificación, la cual debe fundamentarse en antecedentes técnico-científicos. Esta dificultad puede justificar la menor cantidad de casos de elusión asociados a estas tipologías y que ellos no sean parte de un procedimiento correctivo, sino que derechamente sean abordados en el marco de un procedimiento sancionatorio. Esto conversa con la distinción entre elusiones simples y complejas, ya que casos de elusión por g.3) y g.4) requieren de un estándar técnico mayor; además, la modificación de impactos puede asociarse a su significancia (artículo 11 de la Ley 19.300) y la modificación de medidas a un proyecto evaluado a través de un estudio de impacto ambiental.

Empleo de medidas correctivas y/o establecimiento de sanciones ante casos de elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Como se ha explicado, para abordar la infracción de elusión en atención al principio de oportunidad, la SMA utiliza alternativamente dos procedimientos diferentes: procedimiento sancionatorio (medida disuasiva) y requerimiento de ingreso al SEIA (medida correctiva). Sobre los objetivos de estos procedimientos, el Tercer Tribunal Ambiental en sentencia del 7 de marzo de 2022 (R-4-2021) ha indicado que la imposición de una sanción por la infracción de elusión al SEIA es una medida del disvalor del acto infraccional y no basta el mero requerimiento para todos los casos, que no es una sanción para tal retribución (considerando 42).

Cuando la SMA decide iniciar un procedimiento sancionatorio para tratar la infracción de elusión, y como resultado se concluye su verificación, el procedimiento finaliza con una sanción administrativa, la cual corresponde a un tipo de responsabilidad que surge de la comisión de un ilícito o infracción administrativa (Cordeiro Quinzacara, 2013: 82). En otras palabras, una retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por la administración pública respectiva por la comisión de una infracción administrativa (Bermúdez Soto, 1998: 326); en este caso, ejecutar un proyecto o actividad sin contar con RCA, en circunstancias que cumple con los requisitos que la Ley 19.300 establece para ello. La sanción administrativa tiene como propósito instar al cumplimiento del objeto de protección regulado; es decir, evaluar aquellas actividades susceptibles de generar efectos ambientales en forma previa a su ejecución. Soto Delgado (2016) señala que el respeto a las normas no puede ser obtenido por el solo hecho de establecerlas, sino que se requiere hacer efectivo su cumplimiento a través de los medios que disponga la administración. De esta manera, «un régimen sancionatorio efectivo respalda las advertencias del regulador y la sola existencia de sanciones inducirá a menudo el cumplimiento sin la necesidad de invocarlas formalmente» (Soto Delgado, 2016: 195).

Por otra parte, el procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA no tiene como fin imponer una sanción, sino instar a que un titular en infracción regrese al cumplimiento oportuno de la normativa; es decir, que la actividad en elusión al SEIA sea ejecutada al amparo de una RCA. El procedimiento de requerimiento tiene un fin correctivo, dado que después de constatados los hechos (elusión al SEIA) «se adoptan acciones para corregir la infracción, eliminar o reducir sus efectos o evitar que se generen nuevos» (Tejada Castillo, 2019: 76), a través del sometimiento de la actividad al SEIA. El Tercer Tribunal Ambiental se refiere a la naturaleza de este procedimiento, e indica que parte de la doctrina entiende que los fines correctivos

se encuentran dentro de los objetivos fiscalizadores de la SMA (Guzmán, 2014: 190), en otra parte que corresponde a un instrumento coadyuvante de la fiscalización ambiental que ayuda a obtener el cumplimiento normativo y de las condiciones y medidas de los instrumentos de gestión ambiental, ante la omisión parcial o absoluta de sometimiento al instrumento (Bermúdez, 2014: 465, considerando 29).¹¹

El hecho de iniciar o no un procedimiento sancionatorio ha sido abordado por la CGR en el dictamen 13.758, de 23 de mayo de 2019:

Es posible sostener que el legislador le ha conferido 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

11. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-26-2021, 22 de abril de 2022.

con la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor contenida, entre otros, en los dictámenes 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.

Por su parte, el Tercer Tribunal Ambiental ha reconocido esta decisión como una manifestación del principio de eficiencia y eficacia en la administración pública:

El ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA no se realiza de manera aislada y sin conexión a las normas que disciplinan la función pública. El interés general también exige que el órgano administrativo utilice eficaz y eficientemente los recursos, debiendo adoptar, en ese contexto, decisiones razonables. Esto significa, entre otras cosas, que su acción debe velar por la idónea administración de los medios y el debido cumplimiento de la función pública (artículo 5, inciso 1, Ley 18.575, considerando 19).¹²

Luego, la misma sentencia indica:

Ante incumplimientos cuyo desvalor o efectos ambientales pueden ser menores o socialmente menos sensibles, la SMA puede decidir no iniciar un procedimiento sancionatorio y no destinar recursos humanos y financieros para tal actividad, si entiende que los fines u objetivos de la normativa ambiental se pueden alcanzar de una manera diferente a la sancionatoria. (considerando 20).

Esta alternatividad basada en criterios de eficiencia y eficacia por parte de la SMA puede equivaler a un sistema responsivo. A juicio de Soto Delgado (2016), en este tipo de sistema no solo se consideran medidas punitivas, sino que también otros instrumentos (no sancionatorios) que buscan el cumplimiento (medidas correctivas). En este punto, es relevante definir cómo la administración utiliza estos mecanismos, ya que la utilización de medidas correctivas y no punitivas «promueve un clima regulatorio de voluntariedad, en comparación con el que es posible advertir cuando el Estado actúa punitiva y antagónicamente» (Soto Delgado, 2016: 202). Incluso la utilización de medidas correctivas podría operar como un incentivo a no cumplir en ciertos casos, estableciendo la impresión en los regulados que es favorable intentar ejecutar un proyecto en elusión al SEIA, ya que si la administración llega, la medida será un procedimiento correctivo sin sanción; pero si la administración no llega, se podrían desarrollar actividades a un menor costo económico y en plazos más acortados. Por esto, la función disuasiva de la sanción resulta útil. En

12. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-9-2023, 17 de octubre de 2023.

suma, ambas formas cumplen fines satisfactorios, el desafío es establecer criterios que orienten adecuadamente al regulado y permitan el funcionamiento eficiente y eficaz de la autoridad.

Desde esta perspectiva, resulta correcto que, según la magnitud de la infracción (elusión simple o compleja), se defina si utilizar un procedimiento más sofisticado donde se invierten mayores recursos (procedimiento de sanción) o uno más sencillo que involucre menos inversión pública (requerimiento de ingreso). El desafío restante es evitar que con el empleo del procedimiento de requerimiento de ingreso se genere un incentivo a no cumplir. En este sentido, se debe considerar que la SMA tiene otras atribuciones que puede utilizar como complemento a estos procedimientos. Un ejemplo de ello son las medidas provisionales contempladas en el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. De la revisión de los procedimientos de requerimiento de ingreso al SEIA en SNIFA se observa que al momento de requerir el ingreso, la SMA realiza una prevención a los titulares, de decretar la clausura temporal (artículo 48, letra c) o detención del funcionamiento de las instalaciones (artículo 48 letra d), si no se paraliza el proyecto en elusión, mientras no obtenga una resolución de calificación ambiental favorable. No obstante, esta vía tiene dificultades, ya que el citado artículo 48 señala que las medidas provisionales listadas en los literales c y d requieren de una autorización previa del Tribunal Ambiental, lo cual complejiza el procedimiento administrativo. Además, para corroborar que el titular no ha cumplido la prevención, se requiere de una actividad de fiscalización *in situ*, lo cual no siempre es posible si se atienden las dificultades operativas de la SMA (gran número de denuncias y pocos recursos para abordarlas).

Procedimiento sancionatorio ante casos de elusión

Como ya se expresó, el procedimiento sancionatorio corresponde a la vía ordinaria para enfrentar la infracción de elusión, definida como tal en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Ante «la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella», la SMA puede optar por el ejercicio de su potestad sancionatoria. En ese caso, la SMA formulará cargos en contra del infractor, a través de una resolución, donde además de consignar el hecho constitutivo de la infracción, le otorgará una clasificación (leve, grave o gravísima). Conforme al artículo 36 numeral 2 letra d) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la infracción de elusión será catalogada al menos como grave. Si además se constata en la elusión, que el proyecto conlleva alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300, la clasificación de la infracción corresponderá entonces a gravísima (artículo 36 numeral 1 letra f) de la LOSMA). En ese sentido, las sanciones que se arriesgan son, en el primer caso, revocación de la RCA, clausura, o

multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales y, en el segundo, revocación de la RCA, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales.

Luego de la formulación de cargos, el imputado como infractor podrá presentar sus descargos frente a los hechos constatados, a fin de desvirtuar la infracción o allanarse a ella, pero invocando circunstancias de disminución de la sanción. Alternativamente, podrá presentar un Programa de Cumplimiento, para volver al cumplimiento de la normativa infringida dentro de un plazo, a través de un plan de acciones y metas. En suma, el Programa de Cumplimiento es un instrumento de incentivo al cumplimiento, para materializar la protección al bien jurídico que se vio amenazado. En el caso de la infracción de elusión, la principal acción en este sentido consistirá en someterse al SEIA para obtener la RCA,¹³ aunque en ocasiones, el compromiso no es directamente el ingreso al SEIA, sino presentar una consulta de pertinencia al SEA.¹⁴ En cuanto a lo primero (sometimiento al SEIA), el ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha aclarado que la acción se refiere a

la presentación de los antecedentes respectivo ante la autoridad competente y no a la obtención o modificación de dicho instrumento (la RCA), debiendo determinarse un estándar de diligencia o contenidos mínimos de aquello que debe ser sometido al pronunciamiento respectivo, correspondiendo a un esfuerzo importante del infractor y precaviendo situaciones de riesgo ambiental (considerando 38).¹⁵

En el caso de haberse presentado descargos, luego de la ponderación de los antecedentes de la investigación (pericias, inspecciones, diligencias probatorias, informes de otros organismos), el procedimiento sancionatorio culminará con la dictación de una resolución por parte de la SMA, imponiendo una sanción al infractor o, en su caso, absolviéndolo de los hechos. En la eventualidad de haberse presentado un Programa de Cumplimiento, en cambio, terminará cuando la SMA declare la ejecución satisfactoria del mismo en el plazo indicado. En caso de que no se haya cumplido con lo comprometido en el Programa de Cumplimiento, se retomará el procedimiento sancionatorio. Al respecto, recordamos lo recién citado de la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental, relativo al estándar de diligencia para el cumplimiento de la acción de sometimiento al SEIA, donde la SMA podrá declarar que no se ha ejecutado satisfactoriamente si es que el infractor no ha realizado un esfuerzo importante y comprobable para el éxito de la evaluación ambiental.

Finalmente, tanto antes de la iniciación del procedimiento sancionatorio, como durante el mismo, la SMA podrá imponer medidas preventivas orientadas a evitar

13. Véase por ejemplo procedimientos sancionatorios rol D-012-2017; D-101-2018; D-203-2019; D-118-2020; D-245-2021; D-225-2022.

14. Véase por ejemplo procedimientos sancionatorios rol D-157-2020 y F-042-2022.

15. Segundo Tribunal Ambiental, en causa rol R-207-2017, 3 de febrero de 2021.

las consecuencias materiales de la infracción de elusión, conforme al artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Dichas medidas, en el caso de la elusión, consistirán principalmente en la detención de las actividades del proyecto en elusión, mientras no se obtenga la respectiva RCA.

El requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

La SMA ha desarrollado una herramienta correctiva para enfrentar los casos de elusión, denominada «requerimiento de ingreso al SEIA». Como ya hemos dicho, esta herramienta se sustenta en las funciones y atribuciones otorgadas a la SMA en los literales i) y j) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que la facultan, por una parte, para requerir a los titulares de proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la Ley 19.300, debieron someterse al SEIA y no cuentan con una resolución de calificación ambiental, que sometan a dicho sistema el estudio o declaración de impacto ambiental correspondiente; y por otra parte, para requerir a los titulares de resoluciones de calificación ambiental que sometan al SEIA las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la Ley 19.300, requieran de una nueva resolución de calificación ambiental.

El objetivo de esta herramienta correctiva es generar una instancia simplificada de corrección para los regulados, como alternativa al procedimiento sancionatorio por la infracción del artículo 35 letra b) de la LOSMA. Al respecto, el Tercer Tribunal Ambiental ha señalado que se trata de una facultad dentro de la labor fiscalizadora de la SMA y un instrumento coadyuvante de la fiscalización ambiental.¹⁶ Como tal, es una manifestación del incentivo temprano al cumplimiento, para la adecuación del infractor a la normativa sin formular cargos y sustanciar un procedimiento sancionatorio en su contra. Lo anterior, teniendo en cuenta el principio de oportunidad que orienta el actuar de la SMA y la eficiencia y eficacia como directrices en el ejercicio de las facultades todos los órganos de la administración del Estado. Esto, especialmente considerando que el ingreso al SEIA es la principal acción que se compromete en los Programa de Cumplimiento en procedimientos sancionatorios por elusión. En ese escenario, la SMA ha optado por generar este procedimiento simplificado, para cumplir con el mismo objetivo que lograría la presentación de dicho Programa de Cumplimiento: el ingreso al SEIA del proyecto en elusión, a fin de que obtenga la correspondiente RCA.

Procedimentalmente, el requerimiento de ingreso corresponde a un procedimiento desformalizado y especial. Sus presupuestos básicos son los exigidos por la Ley 19.880 para todo procedimiento administrativo, dentro de los cuales destaca la

16. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-26-2022, 22 de abril de 2022.

audiencia previa del interesado, donde la SMA concede al titular un plazo en el que pueda presentar sus alegaciones, observaciones y pruebas, frente a una hipótesis de elusión levantada y plasmada en la resolución de inicio del procedimiento, previa denuncia o en una investigación de oficio. A esto, se suma el requisito de la LOSMA de necesitar el informe previo del SEA para que la SMA pueda ejercer su facultad de requerir el ingreso al SEIA. Dicho informe es solicitado a la Dirección Regional del SEA que corresponda y puede ser requerido antes de iniciar el procedimiento, es decir, durante la investigación preliminar, o una vez iniciado el mismo, mediante un oficio de solicitud de pronunciamiento remitido en paralelo a la resolución de inicio,¹⁷ aunque en la RE 1445/2023 se establece que ello será realizado una vez recibido el traslado del titular o transcurrido el plazo sin que lo hubiese hecho (artículo 9). Por otra parte, este informe no tiene un carácter vinculante, sino que es un antecedente meramente informativo, como ha sido señalado por el Tercer Tribunal Ambiental.¹⁸ En definitiva, tiene un valor similar al de las resoluciones de consultas de pertinencia como antecedente de los procedimientos de elusión.¹⁹

Además de estos requisitos regulados, las especificaciones del proceso pueden ser adecuadas caso a caso, conforme lo exija la tramitación completa y expedita de cada situación en particular. Por ejemplo, podrían requerirse informes a otros órganos de la administración del Estado²⁰ o información adicional al titular del proyecto, tal como se reconoce en el artículo 10 de la RE 1445/2023. También, en caso de existir un denunciante, este podrá presentar antecedentes adicionales. Finalmente, la SMA podrá realizar nuevas actividades de fiscalización o análisis, a fin de contrastar los nuevos antecedentes del proceso. Con ello, la SMA analizará finalmente si se configura su hipótesis de elusión o no, conforme a los estándares de la sana crítica.²¹ Cabe destacar que el análisis de la elusión es objetivo, es decir, considera solo los hechos efectivos y prescinde de la intencionalidad o falta de ella por parte del infractor, situación diferente al tipo penal ambiental de la Ley 21.595 que configura el delito cuando se logra acreditar que la falta de RCA fue una conducta «a sabiendas» del titular del proyecto. Es decir, para configurar la infracción de elusión administrativa, no se requiere culpa o dolo ni ningún otro elemento subjetivo (sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa rol R-15-2013, 25 de mayo de 2014; sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa rol R-177-2018, 22 de julio de 2019; sentencia del Tercer

17. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-9-2020, 24 de junio de 2020.

18. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-4-2021, 7 de marzo de 2022.

19. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-198-2018, 15 de marzo de 2019; sentencia de la Corte Suprema, en causa rol 2608-2020, 21 de septiembre de 2020; sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-27-2021, 01 de julio de 2022.

20. Sentencia de la Corte Suprema, en causa rol 21432-2019, 24 de octubre de 2010.

21. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa rol R-179-2018, 23 de agosto de 2019.

Tribunal Ambiental en causa rol R-4-2021, 7 de marzo de 2022; sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-11-2023, 21 de noviembre de 2023).²²

Si es que, luego del análisis, se concluye que efectivamente se configura la elusión, la SMA dictará una resolución requiriendo el ingreso al SEIA del proyecto y solicitando la presentación de un cronograma de ingreso, a fin que queden definidos los tiempos en que la obligación se cumplirá, para efectos de la fiscalización. En el evento que el titular incumpla el requerimiento de ingreso,²³ no obtenga la correspondiente RCA o continúe ejecutando el proyecto en elusión en forma previa a su obtención,²⁴ los antecedentes se derivarán para formular cargos por elusión en el marco de un procedimiento sancionatorio, justificado en el fracaso o ineptitud de la medida correctiva (segunda parte del literal b, del artículo 35 de la LOSMA).

La resolución de requerimiento de ingreso al SEIA pone fin al procedimiento; es decir, el procedimiento termina con dicho requerimiento. El cumplimiento del cronograma y otros actos posteriores son manifestación de las facultades de fiscalización de la SMA y se reflejan en actos trámite.²⁵ En consecuencia, como acto final, la resolución que requiere el ingreso al SEIA puede ser objeto de recurso de reposición administrativa del artículo 59 de la Ley 19.880 ante la misma autoridad, o reclamación ante el Tribunal Ambiental conforme al artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente y 17 número 3 de la Ley 20.600. El incumplimiento de esta resolución será motivo de formulación de cargos por parte de la SMA, para la imposición de una eventual sanción en el correspondiente procedimiento sancionatorio.²⁶

22. En el procedimiento sancionatorio por elusión, la culpa o dolo pueden servir como elementos a considerar en la determinación de la sanción específica, pero no como requisito de la infracción.

23. Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental ha señalado que el incumplimiento de un requerimiento de ingreso al SEIA determinado en el procedimiento idóneo, constituye una nueva infracción (sentencia en causa rol R-15-2013, de 22 de mayo de 2014).

24. En algunos casos en que por la naturaleza o relevancia pública de la actividad esta no pueda paralizarse, la SMA puede autorizar la continuación de su ejecución, bajo medidas que permitan hacerse cargo de los impactos en el intertanto. Véase por ejemplo el REQ-012-2019, referido a un plantel porcino, donde naturalmente, no era posible detener el proceso productivo y debía continuar con el ciclo de crecimiento de los animales, pero con medidas de disminución de producción, o el REQ-014-2020, asociado a la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-26-2020, de 18 de enero de 2022.

25. Sentencias del Tercer Tribunal Ambiental, en causa rol R-9-2021, 18 de enero de 2022; causa rol R-26-2021, 22 de abril de 2022; causa rol R-22-2022 acumulada a R-23-2022, 24 de agosto de 2022.

26. Esta sanción puede incluso ser aplicada en conjunto con una sanción por elusión al SEIA, ya que ello no infringiría el principio del *non bis in idem*. Se trata de dos conductas distintas, una consistente en no contar con el permiso ambiental que corresponde y, la otra, en incumplir una orden de la autoridad. En ese sentido, no existe identidad de hecho ni de fundamento jurídico en el examen de triple identidad. Véase al respecto la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental dictada en causa rol R-11-2023, de 21 de noviembre de 2023 (considerando 48 y siguientes).

Por el contrario, si la tesis de elusión de la SMA es desvirtuada, se dictará una resolución poniendo término al procedimiento y archivando la o las denuncias respectivas, si las hubiere. Ello, sin perjuicio de la facultad de esta Superintendencia de derivar los antecedentes a los organismos que sean competentes para efectos de abordar los hechos verificados en la investigación. Esta resolución podrá asimismo ser impugnada mediante recurso de reposición o reclamo de ilegalidad.

Dilemas con motivo del requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Sin perjuicio de la pertinencia y utilidad de este procedimiento especial y correctivo, es posible levantar una serie de dilemas prácticos derivados de su utilización.

Prescripción de la infracción de elusión

Un primer problema es la prescripción de la infracción de elusión. Según el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, «las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas». Al tenor de este precepto, se podría concluir razonablemente i) que el plazo de tres años comienza a contarse desde el inicio del proyecto o actividad sin la correspondiente RCA y ii) que la resolución de inicio de un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA no tiene la aptitud para interrumpir la prescripción, ya que no se trata de una formulación de cargos y no habría forma de interpretar lo contrario, atendiendo el texto expreso del artículo 37 ya citado. El dilema del plazo sigue discutiéndose por los titulares en los casos de elusión, aunque la Corte Suprema²⁷ zanjó que la elusión es una infracción permanente, y no se puede alegar prescripción mientras se mantenga la antijuridicidad.²⁸

27. Sentencia de la Corte Suprema, en causa rol 99487-2020, 22 de junio de 2021.

28. «Considerando 11. Que, de todos los antecedentes señalados en los motivos precedentes, se concluye que al 14 de mayo de 2018, fecha en que la SMA formuló cargos, e incluso hasta el 1 de octubre del mismo año, la reclamante se encontraba operando su planta agroindustrial sin contar con una RCA que lo autorizara y, como resultado de ello, persistía la situación antijurídica de incumplimiento, impidiendo que la prescripción alegada por la reclamante iniciara su cómputo. Considerando 12. Que, en el caso de autos, y analizando el expediente sancionatorio, quedan en evidencia las gestiones que la SMA realizó durante esos más de tres años, conjuntamente con acciones totalmente insuficientes del regulado, acciones que sumadas a la realización de dos actividades de inspección que dieron cuenta una y otra vez de la misma infracción, no hacen posible aplicar en este caso la prescripción de la misma, lo que por de pronto significa a que el infractor se estará aprovechando de su propia negligencia, al no subsanar los hechos reprochados». Este caso se trata de un procedimiento sancionatorio por elusión (no un requerimiento de ingreso), no obstante, el mismo principio es aplicable.

Denuncias de elusión de actividades que ya no se encuentran en ejecución

Un segundo cuestionamiento es el de la efectividad del procedimiento de requerimiento de ingreso cuando la actividad en elusión ya no se encuentra operativa, ya sea por haber finalizado la vida útil del proyecto, encontrarse abandonada, entre otros. ¿Cuál sería el fin de un requerimiento de ingreso al SEIA? ¿Una evaluación retroactiva? Resulta jurídicamente complejo ese planteamiento. Según el artículo 8 de la Ley 19.300, se entiende que el SEIA es un instrumento creado para evaluar en forma previa los impactos que un proyecto o actividad puede generar, lo cual va en línea con el principio preventivo que inspira la legislación ambiental. A la misma conclusión llega la CGR en el dictamen 18602N17. Lo lógico sería pasar al procedimiento sancionatorio, para la imposición de una sanción por elusión, ante la pérdida de objeto de la vía correctiva.

Sin embargo, esa opción implicaría una discriminación hacia los infractores que ya dejaron de cometer la infracción, pues en la práctica se verían impedidos para acogerse a salidas alternativas a la sanción, al no existir formas de corregir un incumplimiento ya consumado. Y si a los titulares de proyectos que están en plena ejecución, provocando todos sus impactos ambientales, se les permite acogerse a vías correctivas, no parece justo que a los titulares de proyectos que ya no generan efectos se les aplique siempre la medida más gravosa (la sanción). Ello deja de manifiesto la necesidad de esclarecer los criterios que utiliza la SMA para aplicar un procedimiento u otro y, en esa línea, analizar la justicia de discriminar a qué titulares se les permite un procedimiento correctivo sin multa o, en su defecto, un archivo de la denuncia sin mayores consecuencias, y a quiénes se les aplica la potestad sancionatoria.

Por no encontrarse un proyecto en actual ejecución, el archivo de denuncias de elusión se ha discutido en sede judicial. En el caso *Túnel sur-Los bronces*, de Angloamerican Sur S.A., la SMA archivó la denuncia presentada en contra del proyecto por elusión, precisamente porque el proyecto ya estaba concluido, siendo esa decisión impugnada ante el Segundo Tribunal Ambiental. En el considerando 101 de sentencia de 12 de septiembre de 2022, dictada en causa rol R-267-2020, dicha magistratura opinó que

no comparte el argumento esgrimido por la SMA en el considerando 11 de la resolución reclamada, en orden a que no corresponde iniciar el procedimiento especial de requerimiento de ingreso al SEIA atendido que el Túnel los sulfatos no se encuentra en «actual ejecución», toda vez que el artículo 3 literal i) de la LOSMA no establece tal exigencia para que el órgano fiscalizador realice el referido requerimiento.

No obstante, la Corte Suprema ha sido de la posición contraria. En la sentencia de 27 de marzo de 2023, dictada en la causa rol 7932-2022 considerandos 4 y 5 tuvo una visión más práctica y teleológica del SEIA:

Se debe considerar que la actividad impugnada se encuentra por completo ejecutada, sin que sea posible perder de vista que el SEIA implica la realización de la evaluación previa de los impactos ambientales que puede suscitar un determinado proyecto o actividad, lo que en la especie no ocurre, pues las obras de conservación finalizaron durante el mes de agosto del año 2021, tal como aparece refrendado por lo informado por el Servicio de Evaluación Ambiental a instancias de esta judicatura, de tal modo que no resulta procedente disponer el ingreso del proyecto al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental, tal como se dispone en la sentencia en alzada, tanto más si se considera que dicha medida en ningún caso refleja el resguardo del principio preventivo que gobierna la materia.

Con todo, luego añade:

Cabe recordar que ello es sin perjuicio de la eventual responsabilidad por el daño ambiental ocasionado, en caso de ser ello demostrado en la instancia correspondiente, en conjunto con las acciones reparatorias a que haya lugar, de ser necesario.

Así, la Corte Suprema resguarda el objetivo y congruencia del SEIA, para la evaluación preventiva de impactos, mientras que los impactos ya ocurridos deben analizarse desde la perspectiva del daño ambiental.

Actividades en elusión de corta duración

Existen actividades que forman parte del listado de proyectos susceptibles de generar impacto ambiental establecido en el artículo 10 de la Ley 19.300 que, por su corta duración, hacen ineficiente cualquiera de los procedimientos de los que dispone la SMA para perseguir la infracción de elusión. Dentro del espectro de la tipología establecida en la letra i) del artículo 10 ya citado, se encuentran los proyectos asociados a la extracción de áridos en pozos o canteras, cuerpo o curso de agua y playas. Esta actividad puede desarrollarse en extensos periodos, pero también se observan casos en los que solo se necesita un semestre para realizar la actividad extractiva, cumpliendo con los umbrales de ingreso dispuestos para el ingreso al SEIA.

Ello significa un problema para la SMA, ya que los tiempos para procesar una denuncia, realizar una actividad de fiscalización y derivar un informe de hallazgos para dar inicio a un procedimiento, ya sea de sanción o requerimiento de ingreso al SEIA, supera ampliamente esos plazos, y esto frustra el éxito de la persecución, lo cual se refleja en resoluciones de archivo a pesar de haberse consumado la elusión (REQ-028-2021), fracaso del procedimiento de requerimiento de ingreso y derivación para procesos de sanción que finalmente no se inician (REQ-006-2021), procedimientos iniciados, sin resolución de término o gestiones por más de un año (REQ-018-2019, REQ-015-2019, REQ-009-2022).

Decaimiento del procedimiento de requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Como derivada de lo anterior, podemos cuestionar el decaimiento del procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA en caso de que el titular ajuste su proyecto de una manera que se sustraiga de la obligación de ingreso al SEIA. Esto, por ejemplo, disminuyendo sus volúmenes de producción, generación, construcción, entre otros, para adecuarse a los umbrales de la respectiva tipología. En esos casos, nos encontraremos en una situación similar, en que el SEIA no estaría cumpliendo con su fin preventivo, porque el proyecto en infracción, estrictamente, ya estaría concluido. Esta situación se discutió en el Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia de 22 de julio de 2016, recaída en causa rol R-68-2015, donde se destacó que el principio de discrecionalidad administrativa para los casos de elusión implica que la SMA puede aceptar que el titular proponga adecuar su proyecto a fin de que no se configuren los umbrales del ingreso al SEIA como forma de ajustarse a la normativa y no requerir ingreso al SEIA.

No obstante, el Tercer Tribunal Ambiental sostuvo una posición contraria en sentencia de 14 de abril de 2022, dictada en causa rol R-15-2021, indicando que el desistimiento parcial de un proyecto no permite asegurar el cumplimiento de la norma, sino que pretende evitar aplicarla. Con ello, el Tercer Tribunal Ambiental está realizando un juicio de intencionalidad, introduciendo un elemento subjetivo que es ajeno a la configuración de la infracción administrativa de la elusión y que se acerca a la técnica que utiliza el legislador para regular la elusión como tipo penal ambiental en la Ley 21.595.

Ambigüedad en el criterio para abordar una elusión por un procedimiento con fin sancionatorio o correctivo

Existe una disyuntiva en la determinación de las elusiones que se abordan a través de un procedimiento sancionatorio y en las que se tramitan vía requerimiento de ingreso al SEIA. Ya hemos dicho que, en principio, la distinción se basa en el carácter «simple» o «complejo» de la elusión. No obstante, existen casos en que elusiones simples se abordan desde una primera instancia (es decir, sin que haya previamente fracasado la vía correctiva), a través de un procedimiento sancionatorio. Tal es el caso, por ejemplo, del procedimiento sancionatorio rol D-126-2022, recaído sobre el proyecto inmobiliario Lomas de Lo Aguirre, donde se da una hipótesis de elusión simple, pero se aborda en un sancionatorio. Este es otro ejemplo en que se difumina la distinción entre elusiones simples y complejas, siendo dificultoso entender la decisión de la SMA en un caso u otro, generando diversas expectativas entre denunciantes y titulares que se ven expuestos a estos procedimientos.

En relación con este dilema, se destaca la dualidad que podría ocurrir entre el requerimiento de ingreso al SEIA y la sanción por elusión. Dicha cuestión fue abordada por el Tercer Tribunal Ambiental en el ya citado considerando 43 de sentencia de 7 de marzo de 2022, en causa rol R-4-2021, donde se indicó que

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. [Esto como una] manifestación del principio de oportunidad, conforme a las facultades y atribuciones que le han sido conferidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 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. Por estos motivos, las medidas de requerimiento y multa aparecen como idóneas a los fines perseguidos por la SMA, y fueron correctamente aplicadas en la Resolución reclamada.

En definitiva, el Tercer Tribunal Ambiental estima que sí procede requerir el ingreso al SEIA y, a la vez, aplicar una sanción al infractor. Ello, como se sostuvo en un comienzo, atendiendo a que ambos mecanismos persiguen fines distintos, uno correctivo y otro disuasivo; cada uno con mayor o menor relevancia, dependiendo de las circunstancias del caso y las consecuencias ambientales que se generen a consecuencia de la infracción. Pareciera lógico pensar que el mero fin correctivo no satisface adecuadamente los objetivos que se espera que cumpla la SMA, sobre todo cuando no existe certidumbre sobre los criterios que se utilizan para optar por uno u otro procedimiento, dejando abierta ante los administrados la impresión de un criterio arbitrario al efecto.

Elusión por cambios de consideración

También se observa la compleja situación de elusión por cambios de consideración, al aplicar el artículo 2 letra g) del reglamento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental. En particular, la dificultad para la SMA de determinar si «las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad» y si «las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente». Ambas definiciones —las de la letra g.3 y g.4 del artículo 2 del reglamento— conllevan una apreciación de impactos y su envergadura en relación a lo evaluado y dispuesto en la RCA, lo cual es más propio de las competencias y experticia del SEA que de la SMA. En ese sentido, el informe del SEA será crucial; no obstante, debe tenerse presente que dicho servicio

emite su pronunciamiento sobre la base de los antecedentes existentes hasta el momento en el procedimiento, lo cual podría ser desvirtuado en nuevas actividades de fiscalización de la SMA.

Al respecto, existen algunas orientaciones o principios sentados por los tribunales de justicia, que la SMA debe tener en cuenta i) la ponderación de la concurrencia de un cambio de consideración en los términos del artículo 2, literal g.3) del reglamento del SEIA debe hacerse estrictamente en relación a lo señalado en el proceso de evaluación del proyecto y en la RCA (sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa rol R-82-2015 acumulado con R-100-2016 y R-119-2016, 29 de septiembre de 2017).; y ii) la presentación de un Programa de Cumplimiento donde se proponga ingreso al SEIA no cumple con los requisitos de eficacia e integridad, ya que se trata de una modificación de proyecto que implica cambio de consideración en los términos del artículo 2, literal g.4) del reglamento (sentencia de 26 de diciembre de 2019 del Primer Tribunal Ambiental en causa rol R-17-2019).

Este último criterio es en principio extrapolable al caso del requerimiento de ingreso —es decir, que no es posible optar por la vía correctiva cuando se trata de elusión configurada bajo el artículo 2 g.4)—. Sin embargo, nos parece que va más allá de la legalidad en su base, ya que la entidad de los impactos o medidas modificadas serán solo un elemento para calificar la infracción, y no un impedimento para presentar un Programa de Cumplimiento u optar por otra alternativa correctiva aplicable.

Conclusiones

De la revisión de antecedentes expuestos en este trabajo, se observa que la infracción asociada al literal b) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ha sido objeto de un gran número de denuncias ciudadanas, variadas actividades de fiscalización y ha motivado la apertura de diversos procedimientos administrativos por parte de la SMA, muchos de los cuales han sido revisados ante los tribunales ambientales. Lo anterior demuestra la necesidad de aplicar criterios claros y uniformes por parte de la autoridad administrativa, y así generar certeza jurídica en los administrados y disminuir el riesgo de revisión en sede judicial.

Sin perjuicio de no existir mención expresa en la LOSMA del procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, utilizando los principios de eficiencia y eficacia, oportunidad y las funciones y atribuciones listadas en el artículo 3 de la norma mencionada, la SMA ha dado aplicabilidad a un procedimiento de naturaleza correctiva como una alternativa a la imposición de una sanción. Ahora bien, a pesar de haber dictado instrucciones para regular este proceso (Resolución Exenta 769/2015, derogada por la Resolución Exenta 1445/2023, ambas del Ministerio del Medio Ambiente), aún es posible observar ambigüedades respecto a las circunstancias que considera la SMA para abordar cierto tipo de elusiones por un procedimiento u otro.

En este trabajo se ha levantado como premisa que los casos de elusiones simples se abordan como requerimiento de ingreso al SEIA y los casos de elusiones complejas, vía procedimiento sancionatorio. Sin embargo, dicho criterio no se define de manera expresa en la instrucción de la SMA y tampoco responde a la generalidad de casos que es posible analizar. Esta materia ha sido ampliamente reclamada, y si bien los tribunales ambientales han reconocido y validado la facultad de la SMA para elegir entre uno u otro procedimiento, no se han establecido claramente las circunstancias que motivan la elección de uno de estos procedimientos.

A pesar de eso, es posible recoger algunas situaciones que resultan indiciarias de ello, elusión más infracciones de otra índole (incumplimiento de norma de emisión, por ejemplo), elusión por cambio de consideración por literales g.3) y g.4) del artículo 2 del Reglamento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental, elusión de actividades que requieran de algún plan de cierre (vertederos o mataderos de animales) o aquellos que requieran de medidas provisionales por generación de efectos adversos al medio ambiente, se deberían abordar a través de un procedimiento sancionatorio, por permitir mayores herramientas de acción administrativa (posibilidad de imponer medidas a través de un programa de cumplimiento).

A propósito del nuevo tipo penal ambiental de elusión a sabiendas, también se podrían agregar en este grupo las elusiones que respondan a esta lógica, ya que el legislador, al establecer un tipo penal, está indicando la gravedad que tiene esta conducta y podría ser indiciario del tratamiento administrativo que debería darse. No obstante, la culpa o dolo del titular en la concreción de la elusión no es un requisito para configurar la infracción de elusión administrativa y la SMA no tiene obligación de analizar dicho elemento.

Además, se observan otras complicaciones aún no resueltas en la normativa vigente en la actualidad, por ejemplo:

1. La falta de procedimientos simplificados en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente que permita, por ejemplo, abordar casos de proyectos en elusión cuyo tiempo de ejecución es acotado en el tiempo.
2. Circunstancias que fortalezcan el principio de coordinación entre el SEA y la SMA para abordar casos complejos de elusión, como es el caso de los cambios de consideración por g.3 y g.4 del artículo 2 del Reglamento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental.
3. Mecanismos de coordinación y seguimiento para abordar el éxito o fracaso del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos con requerimiento de ingreso.

4. Fiscalización, reporte y publicidad de proyectos en estado de ejecución, con requerimiento de ingreso al SEIA formalizado y procedimiento de evaluación en curso, entre otros.

Respecto a preferir emplear un procedimiento correctivo y no un procedimiento sancionatorio ante el comiso de infracciones, ya que este puede operar como un incentivo al incumplimiento, se destaca la imposición de medidas provisionales (artículo 48 de la LOSMA) asociadas a la paralización o suspensión de funcionamiento mientras persista la elusión como una forma de obtener la función disuasiva de la sanción en un contexto correctivo. No obstante, su éxito requiere de la autorización previa del tribunal ambiental, lo cual complejiza el procedimiento y también de la realización de fiscalizaciones *in situ* que no siempre son posibles, una vez atendidas las dificultades de recursos de la SMA.

Finalmente, desde una perspectiva responsiva, es factible concluir que abordar la infracción de elusión de manera alternativa por procedimiento de sanción y de corrección es efectivo, ya que ambos procesos atienden a distintos fines, resuelven diferentes circunstancias de un proyecto en infracción y propician un escenario de cumplimiento futuro, administrando de mejor manera los escasos recursos de los cuales dispone la autoridad administrativa.

Referencias

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). «Elementos para definir las sanciones administrativas». *Revista Chilena de Derecho*, número especial: 323-334.
- . (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2.^a ed. Valparaíso: Universitarias de Valparaíso.
- CARRASCO QUIROGA, Edesio, Carlo Sepúlveda Fierro, Mario Arrué Canales y Maximiliano Alfaro González (2022). «Evaluación Ambiental y Modificación de Proyectos». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 36: 335-367.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). «Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia Chilena». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 20 (1): 79-103.
- GLASSON, John y Riki Therivel (2019). *Introducción a la Evaluación de Impacto Ambiental*. 5.^a ed. Londres: Routledge.
- GUZMÁN R., Rodrigo (2014). *Derecho ambiental chileno: Principios, instituciones e instrumentos de gestión*. Santiago: Planeta Sostenible.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016): «Sanciones Administrativas como Medidas de Cumplimiento al Derecho. Un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental». *Ius Et Praxis*, 22 (2): 189-226.
- TEJADA CASTILLO, Pablo (2019): «Discrecionalidad Administrativa en la Determinación de las Sanciones Ambientales». *Revista de Derecho Ambiental*, 7 (11): 56-87.

Sobre los autores

GUSTAVO ARELLANO-REYES es abogado por la Universidad de Chile. Se graduó como magíster (MSc) en Gobernanza y Riesgo de los Recursos Naturales por la Universidad de Heidelberg. Su correo electrónico es gustavoarellanoreyes@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-8749-3949>.

TERESITA CHUBRETOVIC ARNAIZ es abogada por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se graduó como magíster (MSc) en Ambiente, Cultura y Sociedad por la Universidad de Edimburgo. Su correo electrónico es tchubret@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-0394-5531>.

La *Revista de Derecho Ambiental*, del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es un espacio de exposición y análisis en el plano académico del derecho ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y reseñas, y aborda diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. Se presentan artículos de diferentes autores y autoras en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

DIRECTORA

Pilar Moraga Sariego

EDITOR

Jorge Ossandón Rosales

SITIO WEB

revistaderechoambiental.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

revistada@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)