

A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Felipe Leiva S.

Abogado

Pontificia Universidad Católica

Máster (LLM) en Energía y Medio Ambiente

Tulane University

Profesor de Derecho Ambiental y Recursos Naturales

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Resumen: Este artículo analiza y reflexiona sobre la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, relativa al fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dicho artículo es aplicable específicamente a aquellos casos donde, a juicio de la autoridad, se haya eludido el ingreso al SEIA o exista un ingreso inadecuado en virtud de haberse fraccionado un proyecto o actividad.

Para lo anterior, se revisará la historia del precepto y las principales discusiones parlamentarias sostenidas en torno al tema. Asimismo se analizará el alcance de la norma y se plantearán algunas interrogantes que su aplicación pudiese conllevar. También se analizará el fallo de la Excelentísima Corte Suprema que rechazó uno de los recursos de protección interpuestos contra el Proyecto Hidroeléctrico Aysén, que contiene un pronunciamiento sobre el tema y que da luces sobre la futura aplicación del precepto.

I. Introducción

En este trabajo se analiza la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante artículo 11 bis), relativa al fraccionamiento de proyectos¹. Cabe señalar que la fiscalización de dicha norma es una atribución entregada a la Superintendencia del Medio Ambiente (la "Superintendencia"), y es aplicable específicamente a aquellos casos donde,

¹ El artículo 11 bis fue incorporado por la Ley 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial del 26 de enero de 2010 (en adelante también "Ley 20.417").

a juicio de la autoridad, se haya eludido el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") o exista un ingreso inadecuado en virtud de haberse fraccionado un proyecto o actividad².

La aplicación de dichas normas es de una contingencia y actualidad innegables. Baste recordar que el fraccionamiento de proyectos fue uno de los argumentos invocados para impugnar, mediante el recurso de protección, el Proyecto Hidroeléctrico Aysén (en adelante también "Hidroaysén") cuya aprobación ha generado un importante debate público y jurídico³.

En este escenario, y considerando la pronta entrada en vigencia de las atribuciones de la Superintendencia, queda claro que la aplicación e interpretación de la regulación relativa al fraccionamiento de proyectos generarán importantes discusiones jurídicas que es necesario anticipar.

A través de nuestro trabajo nos proponemos revisar y abordar el sentido y alcance de las normas jurídicas involucradas y describir los criterios contenidos en el fallo dictado por los Tribunales Superiores de Justicia en el caso Hidroaysén.

Para lo anterior, primero se revisará la historia del precepto y las principales discusiones parlamentarias sostenidas en torno al tema. Asimismo se analizará el alcance de la norma y se plantearán algunas interrogantes que su aplicación pudiese conllevar. También se hará referencia a los fallos mencionados entregando los argumentos invocados en torno al fraccionamiento. Todo lo anterior servirá de base para nuestras conclusiones y reflexiones a las que el análisis de la materia nos encaminó.

II. Breve reflexión sobre la creación de la Superintendencia

La creación de la Superintendencia como la entidad encargada de ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de los instrumentos de ges-

² La Superintendencia del Medio Ambiente es regulada en el artículo segundo de la Ley 20.417. Según el artículo noveno transitorio de esta Ley, las atribuciones sancionatorias de la Superintendencia entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental. Dichos Tribunales fueron creados por la Ley 20.600, publicada en el Diario Oficial del 28 de junio de 2012 y contemplan 3 sedes (Antofagasta, Santiago y Valdivia). El artículo Primero Transitorio de esta Ley señala que el segundo Tribunal ambiental, con sede en Santiago, entrará en funcionamiento dentro del plazo de 6 meses contados desde la fecha de publicación de esta ley. Los demás deberán entrar en funcionamiento en el plazo de 12 meses desde la fecha de publicación.

³ Hidroaysén fue objeto de 5 recursos de protección, interpuestos por diversas personas naturales y organizaciones ciudadanas. El recurso de protección donde se invocó el fraccionamiento del proyecto fue el caratulado bajo el rol N°34-2011, interpuesto por un grupo de personas naturales representadas por el abogado Fernando Dougnac. El recurso de protección aludido fue rechazado, en primera instancia, por la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011) rol N° 153-2011, de fecha 6 de octubre de 2011. Dicho fallo fue confirmado mediante la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (2012) rol N° 10.220-2011, de fecha 4 de abril de 2012.

ción ambiental regulados en la Ley 19.300, vino a suplir y robustecer uno de los aspectos reconocidamente deficientes de nuestra legislación ambiental⁴. Así, el establecimiento de la Superintendencia demuestra que en el país la protección ambiental ha pasado a tomar el lugar prioritario y de privilegio que requería desde hace largo tiempo. Las amplias potestades sancionatorias conferidas a la Superintendencia resultan un elemento de disuasión insoslayable para los desarrolladores de proyectos que pretendan infringir las normas ambientales y, en especial, aquellas relacionadas con el SEIA y la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Cabe recordar que hasta antes de la reforma del 2010, las normas de la Ley 19.300 relacionadas con la fiscalización se limitaban a aquellas contenidas en los antiguos artículos 56 y 64. La primera fue una norma cuya aplicación fue escasa o prácticamente nula⁵. En cambio, la segunda de ellas era la fuente legal en virtud de la cual se fiscaliza y sanciona la infracción de las normas y condiciones en base a las cuales se aprueba una RCA⁶.

El antiguo marco legal sancionatorio de la Ley 19.300 adolecía de deficiencias y vacíos que fueron suplidos y justificados, en gran medida, a través de la aplicación de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, como también mediante dictámenes de la Contraloría General de la República. Así, por ejemplo, a falta de procedimiento sancionatorio establecido en la Ley, la CONAMA siguió la aplicación supletoria de las normas de la Ley N° 19.880. A su vez, el artículo 32 de la misma ley fue utilizado para fundamentar jurídicamente la suspensión de la operación de un proyecto mientras se incoaba el procedimiento administrativo⁷. Finalmente, la Contraloría General

⁴ Al respecto, recordemos que el informe "Evaluaciones de Desempeño Ambiental" elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") en el año 2006 señaló que "Una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento". Por su parte, el Mensaje Presidencial N°352-356, que dio origen a la Ley 20.417, señala como principal crítica que el sistema de fiscalización es "disperso e inorgánico lo cual genera muchos costos".

⁵ El derogado art. 56 de la Ley N° 19.300 establecía que: "Corresponderá a las Municipalidades, en conformidad con su ley orgánica constitucional, y a los demás organismos competentes del Estado requerir del juez a que se refiere el artículo 60, la aplicación de sanciones a los responsables de fuentes emisoras que no cumplan con los planes de prevención o descontaminación, o con las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, o a los infractores por incumplimiento de los planes de manejo a que se refiere esta ley". Las infracciones para los responsables eran: a) Amonestación; b) Multas de hasta mil UTM, y c) Clausura temporal o definitiva.

⁶ La antigua redacción del art. 64 señalaba que: "Corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva...".

⁷ Ver Resolución N° 17/2005, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Lagos (actual región de los Ríos), referida al procedimiento de sanción al proyecto "Valdivia" de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A..

de la República aclaró el alcance del artículo 64 de la Ley N° 19.300 en cuanto a la aplicación del principio *non bis in idem* en relación con las facultades de los organismos sectoriales de aplicar multas en caso de incumplimiento de las normas y condiciones de la RCA⁸.

En contraste, la Ley 20.417 no sólo supera estas deficiencias, sino que regula un complejo sistema que le entrega a la Superintendencia importantes atribuciones no sólo para sancionar fuertemente el incumplimiento normas ambientales, sino que también establece diversos programas de fiscalización, mecanismos de denuncia, autodenuncia, mecanismos de reparación, etc.⁹.

Una primera reflexión que surge en torno al estatuto jurídico de la Superintendencia dice relación con el "salto geométrico" en los montos de las multas que esta entidad puede aplicar por la infracción de las normas o materias que son objeto de la fiscalización¹⁰. Según la antigua redacción del artículo 64 de la Ley N° 19.300 el marco de sanciones aplicables, por infracción a la RCA, contemplaba la amonestación verbal, la imposición de multas de hasta 500 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), e incluso la revocación de la RCA. Por su parte la reforma, aparte de ampliar el ámbito de las infracciones ambientales, introduce un cambio notable en la cuantía de las multas, elevando el monto máximo a las 10.000 Unidades Tributarias Anuales y agregando la clausura temporal o definitiva de las operaciones¹¹. En este sentido, el marco de las multas equivale a aquel establecido para aquellas áreas de servicios públicos regulados como son el sector eléctrico y el sector sanitario¹².

A nuestro parecer, este notorio incremento viene a demostrar que en nuestro país la protección al medio ambiente ha pasado a tomar un lugar de privilegio y prioritario. Si bien nos llama la atención el inmenso salto cuantitativo de la multa –y se extrañó la aplicación del principio de gradualidad–, creemos que su establecimiento es una señal clara para que los desarrolladores de proyectos consideren seriamente las posibles consecuencias de la infracción de normas ambientales. Como contrapartida a nuestro comentario anterior, existe la natural aprehensión sobre la forma en que la Superintendencia aplicará las sanciones y los criterios que se utilizarán para ajustar la entidad de la infracción

⁸ Ver Dictamen N° 981, de 13 de enero de 2003, confirmado por Dictámenes N° 39.696/2005, N° 12.889/2007, N° 28.537/2007 y N° 12.062/2008.

⁹ Para un acertada descripción de las atribuciones de la Superintendencia ver el artículo de BOETTIGER, Camila (2010) "Nueva Institucionalidad Ambiental", en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) N° 22: 429.

¹⁰ A la fecha de este documento 500 UTM equivalen a \$18.500.000, aproximadamente. En tanto 10.000 UTA equivalen a \$4.500.000.000.

¹¹ Ver art. 38 de la Ley Orgánica de la Superintendencia.

¹² Respecto del monto de las multas, nos llama la atención la asimetría que se produce entre las sanciones que puede aplicar la Superintendencia, en relación con aquellas que pertenecen a un ámbito regulatorio relacionado e igual de importante, como por ejemplo el Código Sanitario, cuya cuantía llega a las 1.000 UTM.

al monto de la multa, sin caer en excesos o arbitrariedades. Considerando el altísimo monto de las multas no es aventurado afirmar que existe un alto riesgo de que se produzcan situaciones como las señaladas¹³.

III. El fraccionamiento de proyectos en el SEIA

Tal como lo indica el Mensaje de la Ley 20.417¹⁴, las normas relativas al fraccionamiento de proyectos se relacionan con aquellas modificaciones consideradas como "correctivas" al procedimiento del SEIA. Es decir, dicha norma se estableció como reacción a aquellas situaciones fácticas que implicaban evadir el ingreso al SEIA o atenuar la evaluación ambiental sin que hubiesen existido los mecanismos legales para corregir o sancionar dichas situaciones. A continuación analizaremos los principales aspectos de dicha regulación.

III. 1. Descripción de las normas relacionadas con el fraccionamiento de proyectos

El artículo 11 bis de la Ley 19.300 establece:

"Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades, con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al Sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno que se realizará por etapas".

Para hacer cumplir la citada norma, la ley orgánica de la Superintendencia le confiere a ésta atribuciones específicas en el artículo 3 literal k), el que señala expresamente:

"Artículo 3°.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

¹³ Sin perjuicio de lo anterior, es de nuestro parecer que la reforma ha tomado los mínimos resguardos para garantizar que no se producirán los temidos abusos. En efecto, el art. 40 de la Ley Orgánica que crea la Superintendencia, contenida en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, establece las circunstancias que deberán considerarse para aplicar la sanción correspondiente. Asimismo, el art. 41 permite la novedosa figura de la autodenuncia, en virtud de la cual el infractor podrá eximirse de la primera infracción, siempre y cuando ejecute íntegramente el programa de cumplimiento establecido en el art. 42.

¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20.417&anio=2012

k) Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300".

Asimismo, el literal b) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia le confiere exclusivamente a la Superintendencia el ejercicio de la potestad sancionadora respecto del requerimiento señalado en el artículo 3° antes señalado:

"Artículo 35.- 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. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°".

Finalmente, la clasificación de las infracciones y su sanción están reguladas en los artículos 36 y 38 respectivamente. Recordemos que según este último artículo las sanciones pueden ser a) Amonestación por escrito; b) Multas de una a 10.000 UTA; c) clausura temporal o definitiva y; d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

III. 2. Historia del precepto

III. 2.1. Mensaje presidencial

En el mensaje presidencial N° 352-356, que dio inicio a la discusión de la Ley 20.417, el artículo 11 bis es justificado como una norma de eficiencia necesaria para corregir un vacío del SEIA. La redacción original del artículo 11 bis establecía expresamente:

"Art. 11 bis. Los proponentes no podrán fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y obligar al proponente a ingresar adecuadamente a dicho Sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas o correspondan a diferentes proyectos o actividades de conformidad a lo señalado en el artículo 10".

III. 2. 2. *Discusión parlamentaria*

En el Congreso, la discusión del precepto planteó interesantes discusiones que entregan luces sobre el sentido y alcance que se le puede dar a su interpretación.

En el primer trámite constitucional de la ley, recaído en la Cámara de Diputados, el Informe de la Comisión de Recursos Naturales señala que la inclusión de este artículo dará término a "prácticas poco sanas" en el SEIA¹⁵. Asimismo, ya en este informe se comenzó a asociar el fraccionamiento a proyectos específicos, como lo es el caso de Hidroaysén¹⁶.

Sin embargo, la discusión principal se planteó a través de las indicaciones que plantearon los diputados Accorsi, Vallespín y Pascal. El primero de ellos solicitó reemplazar la excepción relativa a que los proyectos correspondan a distintas letras del artículo 10 de la Ley 19.300, por la frase "o correspondan a diferentes proyectos o actividades que puedan desarrollarse o ejecutarse independiente uno del otro".

Además, el mismo diputado en conjunto con los demás señalados solicitaron agregar, como artículo 11 ter, el siguiente texto: "*Si el proyecto o actividad contempla la realización de dos o más proyectos o actividades, que por sí mismas, corresponden a aquellas enumeradas en el artículo 10, o presenten alguna de las características señaladas en el artículo 11, deberá someterse a una sola evaluación ambiental*". Tales indicaciones fueron aprobadas por la Comisión y también en la discusión en sala¹⁷.

Por su parte, en la tramitación del artículo por la cámara revisora, el Senado, es posible encontrar también intervenciones parlamentarias e indicaciones sobre su alcance. Por ejemplo, en su intervención durante la discusión en general del proyecto de ley, el senador Letelier señala expresamente que: "*el nuevo sistema de evaluación de impacto ambiental pone término a fenómenos como el que hemos visto en HidroAysén, donde se pudo separar en dos un proyecto que tiene una sola lógica, y cierra las puertas a aquellos que recurren a ese tipo de prácticas para lograr la aprobación de sus iniciativas. Es decir, se termina con lo que se conoce como el "fraccionamiento de los proyectos"*"¹⁸.

¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág.120.

¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág.141.

¹⁷ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág.297. El artículo quedó aprobado bajo la siguiente redacción: "*Artículo 11 bis.- Los proponentes no podrán fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y obligar al proponente a ingresar adecuadamente a dicho Sistema". No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas o correspondan a diferentes proyectos o actividades que pueden desarrollarse o ejecutarse independientemente el uno del otro*".

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Págs. 884 a 885.

Es así como el artículo 11 bis fue objeto de diversas indicaciones, las que iban desde suprimir el artículo¹⁹; volver al sentido del texto original²⁰; eliminar la frase "a sabiendas"²¹; especificar aun más que la excepción al fraccionamiento se refiere a proyectos que no tienen relación entre sí; hasta agregar un inciso adicional en el que se establecía que los proyectos que se ejecuten por etapas "*deberán ser sometidos como conjunto (sic) al SEIA*"²².

Todas estas indicaciones hicieron que durante la discusión en sala se plantearan debates relevantes sobre la aplicación de la norma entre parlamentarios y el Poder Ejecutivo, representado por la entonces Ministra de Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte²³. Dichos debates se centraron principalmente en el alcance del concepto "a sabiendas" incluido en el precepto y sobre la excepción a la norma contenida en el inciso 2º del Artículo 11 bis, ambos aspectos que serán revisados más adelante.

La votación en la sala fue favorable para la última redacción del artículo 11 bis presentada por el Ejecutivo, lo que finalmente se plasmó en la Ley.

III. 3. Análisis de la norma

III. 3. 1. Conductas reguladas: eludir, a sabiendas, el ingreso al SEIA o variar el instrumento de evaluación

El artículo 11 bis introduce un elemento de intencionalidad específica en la ejecución de las acciones reguladas al indicar que el fraccionamiento debe realizarse a "sabiendas". Es decir, la ley exige que el titular de un proyecto lo fraccione con la intención explícita y positiva de evadir las normas del SEIA. Considerando la historia de la Ley 20.417, cabe afirmar que esta disposición vendría a hacerse cargo de prácticas "poco sanas" o del "uso malicioso" de las normas del SEIA.

A continuación se revisan dichas acciones o conductas.

a) Eludir el ingreso al SEIA

Este tipo de fraccionamiento se refiere a aquellos casos en que el titular de un proyecto evita el ingreso al SEIA para soslayar la evaluación ambiental de éste

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1010. Indicación senadora Alvear.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1010. Indicación senador Longueira.

²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1010. Indicación senador Allamand.

²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1012. Indicación senadores Horvath, Navarro, Escalona y Núñez.

²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Págs. 1533-1535.

y la correspondiente autorización de funcionamiento que es la RCA. Recordemos que no todos los proyectos o actividades están sujetos al SEIA, sino que sólo aquellos listados en el artículo 10 de la Ley 19.300, complementado por el Artículo 3 del D.S. 95/2001, que contiene el Reglamento del SEIA. En caso que un proyecto no se encuentre en el listado mencionado, debe obtener para su ejecución las autorizaciones sectoriales que sean procedentes²⁴.

Ahora bien, el fraccionamiento de un proyecto para eludir el ingreso al SEIA puede ocurrir por cuanto la técnica legislativa elegida para determinar su pertinencia fue el de asociar a la tipología de proyectos contenida en el artículo 10 de la Ley 19.300, órdenes de magnitudes y/o parámetros mínimos, la mayoría contenidos en el Reglamento del SEIA, que al cumplirse hacen que un proyecto deba ser evaluado ambientalmente. La fórmula es simple: si un proyecto no cae dentro de las tipologías del artículo 10 o estándolo no cumple con los parámetros establecidos, no ingresa al SEIA²⁵.

De esta forma, bajo el supuesto del artículo 11 bis, el proponente de un proyecto debe evitar las normas del SEIA mediante la adecuación o fraccionamiento de su proyecto en términos tales que éste quede bajo los umbrales o presupuestos exigidos por las normas pertinentes. En otras palabras, el proponente debe desarrollar acciones tendientes a lograr que su proyecto no sea sometido a la evaluación ambiental y así liberarse de la revisión de sus impactos ambientales.

El ejemplo usual que se suele invocar en este caso se refiere a los desarrollos inmobiliarios que construyen sus proyectos por etapas en forma separada. De esta forma, cada etapa se construye por debajo de los parámetros de las normas que regulan el ingreso al SEIA, en circunstancias que el proyecto en su globalidad debió haber ingresado al SEIA²⁶.

Cabe señalar que bajo el esquema de la antigua Ley 19.300 la infracción a la regla de ingreso al SEIA no tenía sanción directa. La única forma de hacer valer la responsabilidad del titular que incumplía con esta norma era mediante la interposición de una demanda por daño ambiental –con todas las complejidades que esto implica– o mediante la exigencia específica que un organismo

²⁴ Pese a su obviedad, no resulta infructuoso enfatizar que no ingresar al SEIA en ningún caso libera a los proyectos de cumplir con las normas ambientales o con relevancia ambiental cuyo incumplimiento será sancionado sectorialmente. Todo lo anterior es sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre responsabilidad por daño ambiental establecidas en los artículos 51 y siguientes de la Ley 19.300.

²⁵ Cabe notar que nada impide que otras leyes, diferentes a la Ley 19.300, establezcan otros proyectos que deben ingresar al SEIA. Un ejemplo de esto lo constituyen los proyectos denominados "cotos de caza", cuyo ingreso al SEIA está regulado por el art. 10 de la Ley 4.601, que contiene la Ley de Caza.

²⁶ Los "proyectos inmobiliarios" o de "desarrollo urbano o turístico" están regulados por los literales g) y h) de los arts. 10 de la Ley 19.300 y 3 del RSEIA. En los inicios de la aplicación del SEIA algunos proyectos de este tipo podían eludir el ingreso al SEIA, por cuanto la Ley General de Urbanismo y Construcciones no establecía como requisito previo al otorgamiento del permiso de edificación la existencia de la RCA.

del Estado con competencia ambiental le hiciese, en caso que se le exigiera un permiso ambiental sectorial²⁷.

La modificación introducida por la Ley 20.417 corrigió este vacío legal no solo al introducir el artículo 11 bis, sino que también mediante el establecimiento del artículo 25 bis de la Ley 19.300, el que expresa: "*Las Direcciones de Obras Municipales no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a los que se refiere el artículo 10 no acreditan haber obtenido una resolución de calificación ambiental favorable*". Esta norma permite contener e impedir la operación de todos aquellos proyectos que no ingresaron al SEIA, pero que por diversas razones obtuvieron sectorialmente el denominado "permiso de edificación" regulado por la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Es una forma indirecta de impedir la ejecución de proyecto sin la correspondiente visación ambiental.

Por último, cabe señalar que dicha conducta puede ser objeto de las máximas sanciones establecidas por la ley orgánica de la Superintendencia, por cuanto el artículo 36 de dicha Ley califica de "gravísimas" y "graves" las conductas que signifiquen ejecutar un proyecto al margen de las normas del SEIA y se constate la procedencia de un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental, respectivamente²⁸.

b) Variar el instrumento de evaluación

Según las normas del SEIA, un proyecto o actividad puede ser evaluado mediante la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). La procedencia de uno u otro documento dependerá de la generación por parte del proyecto de alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300²⁹. De concurrir alguno de ellos, se debe presentar un EIA.

²⁷ Los permisos ambientales sectoriales son aquellos contenidos en los Artículos 66 y siguientes del RSEIA. Según el artículo 20 de la Ley 19.300, éstos no pueden ser otorgados sin una previa resolución de calificación ambiental favorable.

²⁸ Según el artículo 39 de la ley orgánica de la Superintendencia, las infracciones gravísimas puede ameritar sanciones que van desde la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental, clausura o aplicación de multas de hasta 10.000 UTA. Por su parte en el caso de las infracciones calificadas como graves proceden las mismas sanciones de revocación o clausura, pero la multa puede llegar hasta las 5.000 UTA.

²⁹ El artículo 11 de la Ley 19.300 señala que se deberá presentar un EIA si el proyecto presenta o genera alguno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Hay que recordar que la elaboración y tramitación de uno u otro documento difiere en diversos aspectos, como por ejemplo: procedimiento, normas sobre participación ciudadana, medidas de mitigación, compensación y reparación, profundidad de los análisis y evaluaciones técnicas, entre otras. En general, ocurre que la presentación de una DIA debiese implicar mayor rapidez y simpleza en la evaluación del proyecto, siendo esta característica la que puede impulsar a los proponentes o titulares de un proyecto o su modificación a preferir su elaboración por sobre el EIA.

En este contexto, esta segunda hipótesis de conducta regulada por el artículo 11 bis requiere que el proponente defina o fraccione el proyecto en forma tal que sus impactos no generen ninguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 antes señalado. Otra forma de infringir esta disposición podría ser la presentación de sucesivas DIA de diversas partes correspondientes, en definitiva, a un proyecto mayor, de manera tal que el impacto acumulativo o sinérgico de todos los proyectos evaluados, en su conjunto, ameriten la presentación de un EIA³⁰. Sobre este aspecto nos referiremos más adelante.

Ahora bien, tal como ocurría en el caso anterior, la antigua redacción de la Ley 19.300 no contenía disposición alguna que sancionara o regulara esta situación. Eso sí, existía la facultad para el órgano evaluador de rechazar una Declaración de Impacto Ambiental cuando estimaba que concurría alguno de los efectos características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300³¹. Sin embargo, esta facultad era insuficiente y no permitía abordar los casos que pretende regular la redacción del artículo 11 bis.

III. 3. 2. Alcances de la expresión "a sabiendas"

Como se expresó, el uso de la expresión "a sabiendas" en el artículo 11 bis denotaría la exigencia explícita de una especial intención volitiva o propósito para "eludir" o "evitar" las normas de la Ley 19.300 respecto del ingreso del proyecto al SEIA y a su forma de evaluación. En otros términos, el reproche de culpabilidad al infractor de la norma se relacionaría con el fraccionamiento malicioso y derechamente doloso que éste hace de su proyecto.

Al respecto, una interrogante natural que nos surge de la eventual aplicación del artículo 11 bis es que si al requerirse una especial intención dolosa por parte

³⁰ La Ley 20.417 que modificó la Ley 19.300 introdujo, en el Art. 2 letra h) bis, el concepto de "Efecto Sinérgico" definiéndolo como "aquél que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente". Por su parte se suele definir como "efecto acumulativo" a "aquél que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental igual que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente".

³¹ LEY 19.300 (1994). Art. 19.

del infractor, debiese entenderse que se descartan todos aquellos fraccionamientos de proyectos que, pudiendo tener la apariencia de infracción, sean ejecutados por el titular del proyecto con desconocimiento o por efecto de un análisis erróneo de las consecuencias de su acción, de tal manera que no exista la voluntad dolosa de infringir la norma³². En este sentido, cabe preguntarse si en la aplicación de la norma puede el proponente invocar una conducta negligente e ignorante al fraccionar su proyecto.

Al respecto, durante la discusión parlamentaria el senador Navarro preguntó a qué se refiere el concepto "a sabiendas". La Ministra del Medio Ambiente de la época respondió expresamente que *"este término tiene importancia para la aplicación de la sanción, que va a significar la aplicación de una sanción más severa. Para probar esta circunstancia se usarán pruebas que dirán relación con el tipo de asesoría que ha recibido el infractor, la experiencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con lo cual se establecerá una presunción legal"*³³. Es decir, aparentemente para la autoridad ambiental de entonces, el término "a sabiendas" debiese ser considerando como una circunstancia agravante de la conducta infractora.

A nuestro juicio, si la aseveración consignada en la historia de la Ley fuese correcta, es decir, si la expresión se considerase como una circunstancia agravante, no se entendería su inclusión en el artículo 11 bis, bastando la mera aplicación de las normas generales del derecho administrativo sancionatorio o, más específicamente, de las normas del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, por cuanto dicho artículo establece como circunstancia a considerar en la determinación de la sanción, *"la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma"*.

Sin embargo, a la luz de lo reseñado en la historia de la ley, como también del tenor literal del precepto, es posible señalar que el artículo 11 bis requiere la concurrencia de una especial intención dolosa no siendo suficiente, en nuestra opinión, la mera infracción a la norma por razones que pueden ser estimadas como negligentes, descuidadas e incluso aquellas derivadas de la interpretación errónea de las normas.

La disyuntiva descrita no es trivial por varias razones. En primer lugar porque, tal como se comentó en la Sección II de este artículo, las multas que la Superintendencia puede imponer son de un alto monto, llegando incluso a varios millones de dólares, como por ejemplo, en el caso que no se ingrese un proyecto al SEIA debiendo hacerlo a través de un EIA.

³² Debe recordarse que el senador Navarro propuso eliminar la frase "a sabiendas", indicación que no fue acogida. Ver nota al pie N° 22.

³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): *Historia de la Ley 20.417*. Pág. 1.553.

Asimismo, la definición de los proyectos, sus partes, componentes y su ingreso al SEIA es una decisión compleja y que está entregada a la iniciativa del propio titular del proyecto, sin que la autoridad tenga injerencia en el desarrollo de su concepto original hasta antes de su presentación en el SEIA. Es así como detrás de la conceptualización de cualquier proyecto existe un largo trecho que implica análisis económicos, sociales, ambientales, de ingeniería, etc., los que en algunos casos son realizados por consultores externos especializados en temas ambientales.

De esta manera, cada etapa del proyecto significa una cadena de decisiones de gestión y de estrategia con miras a obtener las autorizaciones y permisos necesarios para, finalmente, ejecutar el proyecto respectivo. Estos actos preparatorios e intermedios respaldan y justifican la decisión del titular del proyecto de ingresar al SEIA como también el tipo de documento a presentar.

En consecuencia, la probanza de la infracción del artículo 11 bis debe recaer en el análisis de este tipo de acciones de manera tal que vayan configurando la voluntad o intención expresa de eludir las normas del SEIA, debiendo descartarse, repetimos, las conductas culposas del titular del proyecto³⁴.

Ahora bien, la determinación del contenido culposo de la conducta, en términos tales que permitan diferenciar dicha conducta de aquella calificada como dolosa, y que por tanto no es reprochable por el artículo 11 bis, será parte de las tareas que deberá enfrentar la Superintendencia.

Vislumbramos diversas situaciones prácticas en que la Superintendencia deberá esmerarse en lo señalado. Por ejemplo, es sabido que en muchos casos la interpretación de las normas referidas a las conductas sancionadas, especialmente aquellas contenidas en el artículo 11 de la Ley 19.300, requieren de detallados estudios científicos y legales quedando su aplicación en ocasiones sometida a aquello que se conoce en materia ambiental como la decisión o criterio de "experto", que no es más que la opinión calificada dada por quien tiene las aptitudes y el reconocimiento académico para emitir dicha opinión.

Otro caso similar ocurre cuando el actuar del titular del proyecto está respaldado por opiniones o decisiones de autoridad en virtud de las cuales se señala que el proyecto o su modificación no ingresan al SEIA³⁵.

³⁴ Los artículos 28 y 29 de la Ley Orgánica de la Superintendencia confieren a los funcionarios de ésta amplias facultades para ingresar a los inmuebles donde se realizan las operaciones que caen en el ámbito de su fiscalización, tomar muestras, registros y en general ejecutar cualquier medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de la actividad fiscalizada. Asimismo, está facultada para requerir "la declaración de los representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de los sujetos fiscalizados, como asimismo a testigos, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones".

³⁵ Existe la práctica administrativa denominada "pronunciamiento sobre la pertinencia de ingreso al SEIA", en virtud del cual el titular de un proyecto consulta a la Autoridad competente, el Servicio de

III. 3. Excepción legal al fraccionamiento del inciso 2° del artículo 11 bis

El inciso 2° del artículo 11 bis señala lo siguiente: *"No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas"*.

Como se indicó en la sección III.2, dicha excepción fue discutida por los senadores Navarro y Girardi respecto a la aplicación "maliciosa" que pudiesen dar los titulares de los proyectos frente a la posibilidad de justificar el fraccionamiento de un proyecto señalando o declarando que se éste se ejecutaría por etapas. Específicamente, los senadores cuestionaron que la Ley 19.300 permita que proyectos que se ejecuten por etapas puedan presentar continuas Declaraciones de Impacto Ambiental en circunstancias que el proyecto debido a sus impactos sinérgicos haya ameritado, en definitiva, que debió haber sido evaluado mediante un Estudio de Impacto Ambiental³⁶. En su intervención, el senador Girardi incluso señaló que *"en este caso se está generando deliberadamente un implemento para vulnerar el estudio del impacto ambiental, con pleno conocimiento del Ejecutivo"*³⁷.

Este aspecto fue fuertemente discutido y aclarado por la Ministra de Medio Ambiente de la época, quien aclaró que *"en caso de que se presente un proyecto por etapas deberá acompañarlo de una Carta Gantt, que indique las etapas, la duración de cada una de ellas, es decir, existirá una situación documentada que impedirá que se consume el fraude"*³⁸. Además, la Ministra señaló que esta *"iniciativa legal incorporará los efectos sinérgicos que antes no existían, que en el caso de una construcción por etapas será necesario acreditarlos y no se podrá ingresar al sistema antes de que se haya terminado la ejecución del proyecto anterior"*.

Al respecto, coincidimos con la Ministra Uriarte en que tal aprensión no tiene asidero, por cuanto el artículo 11 bis es explícito en requerir que se "acredite" que el proyecto corresponde a uno cuya ejecución se hará por etapas. Lo anterior conlleva necesariamente a que el titular de un proyecto deba dar prueba o evidencia, mediante la presentación de diversos medios y sus debidos fundamentos, de que su proyecto es fraccionable debido a que éste implica su ejecución en diversas etapas.

Asimismo, también concordamos con que el problema ambiental que supone la ejecución de un proyecto por etapas, esto es, que se dejen de evaluar im-

Evaluación Ambiental, sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley 19.300. Muchas veces este pronunciamiento es solicitado por los organismos de la Administración del Estado que deben otorgar algún permiso ambiental sectorial.

³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Págs. 1533-1535.

³⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1533.

³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1553.

pactos ambientales que de concurrir harían que el proyecto deba hacerlo por un estudio, se supera mediante la aplicación del concepto de efectos sinérgicos o acumulativos antes explicados. Dichos conceptos deben ser incorporados en los análisis técnicos que realicen los titulares del proyecto y reflejarse en la evaluación ambiental. Además, más allá de la existencia de dichos conceptos, a nuestro juicio existen en la legislación actual diversos mecanismos que garantizan que los impactos de un proyecto fraccionado sean debidamente considerados para efectos de determinar la concurrencia de un EIA.

En efecto, no se debe olvidar que el SEIA es un procedimiento administrativo complejo que implica la participación de diversos órganos del Estado con competencia ambiental que participan en la evaluación y que van determinando, dentro de la esfera de sus competencias, la suficiencia de la DIA en relación con los impactos del proyecto. En este sentido, el procedimiento de evaluación de una DIA considera la figura del "término anticipado del procedimiento", que permite, dentro de los 30 días siguientes al ingreso de la DIA, no continuar con el procedimiento de evaluación cuando la autoridad ambiental estime que procede un EIA³⁹. Además, aun en el caso que la DIA supere esta etapa, subsiste la posibilidad de rechazarla por proceder el EIA en aplicación del artículo 18 de la Ley 19.300.

IV. Jurisprudencia: El fraccionamiento de proyectos en el caso del "Proyecto Eléctrico Aysén"

IV. 1. Descripción de la controversia

El Proyecto Hidroeléctrico Aysén consiste en la construcción y operación de conjunto de 5 centrales generadoras de energía eléctrica del tipo embalse, que en su conjunto generarían 2.750 megawatts de energía⁴⁰. Después de notorias controversias y discusiones, dicho proyecto fue aprobado ambientalmente mediante la Resolución Exenta N° 225 del 13 de mayo de 2012, de la Comisión de Evaluación de la XI Región. Dicha Resolución fue impugnada judicialmente mediante la interposición de cinco recursos de protección. Uno de dichos recursos utilizó como argumento principal el hecho que el titular del proyecto, Centrales Hidroeléctricas Aysén S.A., habría infringido la Ley 19.300 al fraccionar el proyecto y omitir en la evaluación ambiental la línea de transmisión eléctrica

³⁹ El artículo 18 bis señala que "Si la Declaración de Impacto Ambiental carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o si el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento".

⁴⁰ Para mayor detalle ver http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=3103211&idExpediente=3103211&modo=ficha

(en adelante también LAT) que le permitirá transportar la energía generada por el conjunto de centrales generadoras aprobadas.

Al respecto, tanto la Corte de Apelaciones de Puerto Montt como la Corte Suprema rechazaron dichas argumentaciones.

A nuestro juicio, dichas sentencias, tanto en sus votos de mayoría como de minoría, generaron interesantes y enriquecedores criterios que pueden iluminar el alcance del artículo 11 bis.

IV. 2. Argumentos de las partes en el recurso de protección

A continuación se presenta un resumen de lo principales argumentos de la parte **recurrente** en el recurso:

- El titular del proyecto ha reconocido expresamente que el proyecto incluye la construcción de una LAT, única y exclusiva, que forma parte integral de su proyecto. Basado en una serie de antecedentes corporativos y declaraciones de las compañías responsables del proyecto, la recurrente señala que resulta evidente que la LAT que transportará la energía eléctrica generada hacia el Sistema Interconectado Central es una parte inseparable y esencial del proyecto y que no fue sometida a la evaluación ambiental. Se enfatiza, a través de largos análisis, que tanto las centrales generadoras como la LAT responden a un mismo fin económico constituyendo, por tanto, una sola unidad económica que debió ser evaluada en un mismo documento ambiental. En opinión de los recurrentes para el proponente del proyecto Hidroaysén estaba obligado legamente a presentar conjuntamente todas y cada una de las partes de su proyecto, el que como se ha señalado incluye la LAT. Dicho de otro modo, para los recurrentes, la compañía "optó ilegalmente por separar ambas fases del mismo proyecto en dos EIA distintos, lo que ha impedido que la autoridad tenga una clara visión del real impacto ambiental de la totalidad del proyecto y los efectos sinérgicos que éstos producirán al interactuar unos sobre otros".

- El titular del proyecto arbitraria e intencionadamente fraccionó sus partes con el evidente objetivo de "ocultar el efecto sinérgico que se generará entre las centrales y la línea de transmisión de corriente continua, debido a su íntima interrelación"⁴¹. Para los recurrentes, el presentar el proyecto fraccionado "omite las reales consecuencias que éste puede tener para el medio ambiente"⁴². En este sentido, la presentación de un proyecto fraccionado impide aplicar el principio preventivo que inspira a las normas del SEIA, "pues no

⁴¹ Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 16.

⁴² Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 18.

considera los efectos (¿negativos?) que la suma de sus factores implica en el medio ambiente (efecto sinérgico) impidiendo su real dimensionamiento (sic) ambiental y evitando que se le puedan imponer condiciones que los eviten, mitiguen o compensen, o, lisa y llanamente, su rechazo (...)"⁴³.

El proponente ha confundido las situaciones regladas en el artículo 10 de Ley 19.300 en el sentido que la Ley en "parte alguna ha establecido que siempre deban evaluarse por separado los que ella enumera"⁴⁴. Los recurrentes indican que de seguir la interpretación por la contraparte la empresa "debería haber presentado ocho (8) EIA, incluyendo la línea de transmisión"⁴⁵.

- El artículo 11 bis introducido por la Ley 20.417 "ha reiterado expresamente la prohibición de fraccionar los proyectos". Señala que en este caso la empresa titular del proyecto varió el instrumento de evaluación ambiental con el fin de ocultar o diluir la evaluación de los efectos sinérgicos. Agrega que esta prohibición sólo vino a reconocer la existencia de la prohibición de fraccionamiento en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- En resumen, los recurrentes señalan que "surge la necesidad legal imperiosa de evaluar el proyecto en su conjunto, esto es, incluyendo su línea de transmisión dado que forman un mismo proyecto" siendo indiferente que los "titulares del proyecto sean distintas personas naturales o jurídicas, dado que lo que se evalúa es el proyecto".

Asimismo, los **recurridos** invocaron como argumentos de defensa, principalmente los siguientes:

- Las normas del artículo 10 de la Ley 19.300 aplicables al proyecto Hidroaysén no indican la obligatoriedad de presentar un proyecto de central generadora de energía con su LAT. Es más, el artículo 10 tipifica estos proyectos en literales distintos⁴⁶.
- El titular del proyecto es quien debe describir el proyecto que somete al SEIA, correspondiéndole a las autoridades ambientales administradoras del SEIA determinar si dicha descripción es apropiada⁴⁷. El hecho de no incluir las otras partes simplemente significa que éstas no han sido aprobadas y, por ende, el que desee ejecutarlas deberá cumplir con la normativa pertinente. Por esta razón la línea de base debe evaluarse en torno a lo presentado y no en base a situaciones hipotéticas.⁴⁸

⁴³ Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 35.

⁴⁴ Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 32.

⁴⁵ Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 33.

⁴⁶ Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 113.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 113.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 113.

IV. 3. Pronunciamientos de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y de la Corte Suprema en relación con el fraccionamiento de proyectos

Como se indicó, los recursos de protección en contra el proyecto Hidroaysén fueron rechazados en ambas instancias con votos divididos. A continuación pasaremos a resumir los principales argumentos invocados tanto por los votos de mayoría como de minoría de los mencionados fallos. Para efectos de evitar una extensión innecesaria los hemos refundido.

Los votos de mayoría señalaron lo siguiente:

- La Ley 19.300 no contiene normas que exijan perentoriamente el ingreso al SEIA de las centrales y la LAT como un solo proyecto, incluso existiendo diversas causales de ingreso para cada uno de ellos. Asimismo, la LAT deberá ingresar al SEIA oportunamente cumpliendo con las normas de ingreso al SEIA pertinentes⁴⁹.
- La línea de base debe evaluarse en función del proyecto presentado. Además, si se presentase un efecto sinérgico con motivo de la evaluación ambiental de la LAT existe la atribución contenida en el artículo 25 quinquies de la Ley 19.300 que permite la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental cuando "ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación con lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones."⁵⁰
- En el SEIA se han evaluado gran cantidad de proyectos de LAT que han sido evaluados en forma separada a sus centrales. Al tener que ingresar en forma ineludible al SEIA no es efectivo que no se evaluarán los efectos sinérgicos, por cuanto "las normas sobre plan de seguimiento ambiental y la posibilidad de revisión de la resolución de calificación ambiental de que tratan los artículos 12°, 11° ter 25° quinquies de la Ley N° 19.300; artículo 63° del Reglamento del SEIA se hacen cargo de la realidad dinámica y cambiante entre las interacciones del ser humano y el medio ambiente, de manera de adecuarlas en pos de un desarrollo sustentable"⁵¹.
- No se advierte una infracción al artículo 11 bis de la Ley 19.300, por cuanto, pese a que el proyecto ingresó antes de su vigencia, no se observa la intención subjetiva o el dolo de eludir el ingreso al SEIA o variar el instrumento

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 40. Corte Suprema (2012). Pág. 26.

⁵⁰ Corte Suprema (2012). Pág. 26.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 114.

de evaluación. Por lo demás, queda establecido que la LAT será construida y operada por terceros diferentes del proponente actual.⁵²

A su vez, el voto de minoría indicó lo siguiente:⁵³

- Si bien no se advierte que la empresa manifiestamente fraccionó el proyecto para evitar ingresar la LAT al SEIA, se estima que el fraccionamiento es "plausible sólo en el caso que la otra etapa de la fracción del proyecto no forme parte necesariamente de la Línea de Base del primero, ya que si es así, necesita conocerse imperiosamente las características de esta última fracción, máxime si esta fracción altera la competencia del órgano que debió conocer la evaluación"⁵⁴.
- Considerando que la LAT es parte de un mismo proyecto, la Línea de Base estaría incompleta por cuanto no contendría todos los antecedentes necesarios para evaluar adecuadamente los impactos del proyecto en su totalidad.

V. Comentarios finales

- La regulación del fraccionamiento de proyectos contenida en el artículo 11 bis de la Ley 19.300 se justifica como una norma correctiva del uso malicioso que se hacía por parte de algunos titulares de proyectos que eludían el ingreso al SEIA o que variaban el instrumento de evaluación. La fiscalización de esta norma corresponderá a la Superintendencia de Medio Ambiente.
- El artículo 11 bis exige que el fraccionamiento de proyectos haya sido realizado con el propósito expreso y doloso, la intención positiva, de soslayar las normas del SEIA. La infracción no alcanzaría para la conducta negligente del proponente. A su vez, la excepción a la norma legal contenida en el inciso 2° del artículo 11 bis requiere acreditar en forma concreta la circunstancia de que el proponente ejecutará el proyecto por etapas. No basta la mera declaración de esta circunstancia.
- Las sentencias de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema en el caso Hidroaysén confirman la necesidad de una intención o propósito doloso de fraccionar un proyecto con el objeto de eludir las normas de ingreso del SEIA. Otro aporte interesante de las sentencias de las Cortes es la existencia

⁵² Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 116.

⁵³ Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 192.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 192.

de diversas normas sobre revisión de la RCA o de la inclusión de los efectos sinérgicos en los proyectos que, de alguna forma, aminoran los efectos que la inclusión del artículo 11 bis pretende evitar.

- Pese a su aparente simplicidad, la aplicación de las normas sobre fraccionamiento conllevará la existencia de elementos de difícil apreciación y respecto de los cuales la Superintendencia deberá esmerarse en definir, utilizando plenamente sus facultades.