

DOCTRINA

Fraccionamiento de proyectos: Una aproximación diferente a sus requisitos y su control por los órganos administrativos

*Project piecemealing: A different approach to its criteria
and its control by administrative agencies*

José A. Hernández Riera 

Universidad San Sebastián, Chile

RESUMEN El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es un mecanismo de obtención y análisis de información para predecir y valorar los impactos ambientales de un proyecto, calibrar si estos serán significativos y actuar anticipadamente frente a su materialización. Este mecanismo y su objetivo se pueden frustrar si un proyecto es dividido y esto resulta en que eluda total o parcialmente su evaluación ambiental. En este trabajo, junto con desarrollar mi comprensión del fraccionamiento en su marco más amplio, pretendo responder varias cuestiones que considero más relevantes en este asunto. Bajo la premisa de que el «fraccionamiento» está indisolublemente ligado al SEIA, pero que su uso debe confinarse al contexto represivo, explicaré cuáles deben ser sus elementos y defenderé que el estándar de prueba para tenerlo por acreditado es el de «probabilidad preponderante». Luego, respecto del marco del SEIA, en el contexto preventivo, sostendré que el Servicio de Evaluación Ambiental tiene potestad para controlar parte de su elemento objetivo, sin invadir potestad alguna de la Superintendencia de Medio Ambiente.

PALABRAS CLAVE Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, fraccionamiento, elusión, estándar de prueba.

ABSTRACT The Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) is a mechanism to collect and analyze data to predict and assess the environmental impact of a project, to gauge if they will be significant and to act in advance of its realization. This mechanism and its objective can be frustrated if a project is divided, and this results in evading its environmental assessment, totally or partially. In this paper, along with developing my understanding of 'project splitting' in its broader framework, I intend to answer two questions that I consider to be among the most important on this subject. Under the

premise that 'project piecemealing' is inextricably linked to the SEIA, but that its use must be confined to the repressive context, I will explain what its requirements should be and I will defend that the standard of proof to have it proven is that of 'preponderant probability'. Then, regarding the SEIA framework, in the preventive context, I will uphold that the Chilean Environmental Assessment Service has the power to control part of its objective element, without invading any power of the Chilean Superintendence of the Environment.

KEYWORDS Environmental Impact Assessment System, project piecemealing, avoidance, standard of proof.

Introducción

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es un procedimiento administrativo para la decisión sobre la autorización previa a la ejecución de proyectos (Cordero Vega, 2015: 274), en forma de resolución de calificación ambiental (RCA). Al efecto, se trata de un mecanismo de obtención y análisis de información para predecir y valorar los impactos ambientales de un proyecto, a fin de permitir una acción anticipada frente a la eventual materialización de impactos ambientales significativos (De la Fuente, 2012: 22-25). En ese sentido, el SEIA desarrolla el principio de prevención, pues pretende evitar o reducir los efectos negativos significativos de un proyecto sobre el entorno (Astorga, 2014: 14) o adoptar medidas anticipatorias para evitarlos o aminorarlos (Guzmán, 2012: 89).

Todos estos fines se pueden frustrar si un proyecto (proyecto global) es desarrollado separadamente en dos o más de menor entidad (proyectos divididos). De esa forma, puede que los proyectos divididos no sean evaluados y se ejecuten sin RCA; que algunos sean evaluados por separado y se ejecuten con RCA, mientras que el resto no; o que todos sean evaluados por separado y se ejecuten con RCA. A esto se le conoce como «fraccionamiento», término que se usa indistintamente en la infracción administrativa, en el delito y en el SEIA. El fraccionamiento como infracción administrativa es fiscalizado y sancionado por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), pero como su tipificación está indisolublemente vinculada con el SEIA, que es administrado por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), ambos organismos están estrechamente involucrados en la materia.

En este trabajo, junto con desarrollar mi comprensión del fraccionamiento en su marco más amplio y su relación con el SEIA, pretendo responder varias cuestiones que considero son de las más importantes sobre la materia. Bajo la premisa de que el fraccionamiento está indisolublemente ligado al SEIA, pero que su uso debe confinarse al contexto represivo, explicaré cuáles deben ser sus elementos y defenderé

que el estándar de prueba para tenerlo por acreditado es el de «probabilidad preponderante». Luego, respecto del marco del SEIA, en el contexto preventivo, defenderé que el SEA tiene potestad para controlar parte de su elemento objetivo, sin invadir potestad alguna de la SMA.

Dicho lo anterior, estructuraré este trabajo de la siguiente manera. Primero contextualizaré el debate sobre el fraccionamiento, para lo cual mostraré las normativas involucradas y las conclusiones sobre el tema en la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA, a fin de exponer lo que considero es una confusión terminológica. Tras esto, analizaré el rol de la SMA frente al fraccionamiento como infracción —a través del desarrollo de sus elementos y el estándar de prueba para su configuración— y su tratamiento jurisprudencial. Luego, presentaré el rol del SEA —haciendo equivalente parte del elemento objetivo del fraccionamiento a la correcta descripción del proyecto— y su tratamiento jurisprudencial. Por último, recapitularé sobre las cuestiones discutidas.

La normativa sobre fraccionamiento

De acuerdo con el artículo 11 bis de la Ley 19.300, el fraccionamiento consiste en la división de un proyecto con la intención de variar la vía de ingreso al SEIA o de eludir el ingreso al mismo. Sin embargo, como mostraré más adelante, considero que, más precisamente, se trata del desarrollo de un proyecto global seccionado en dos o más proyectos y dividido con la intención y el resultado de ejecutar el proyecto global sin RCA o con una RCA defectuosa. Es decir, el fraccionamiento no se predica de los proyectos divididos, sino del proyecto global.

Como se puede prever, el marco normativo del fraccionamiento es bastante más amplio que el citado artículo 11 bis y resulta de interpretar las disposiciones sobre SEIA que son aplicadas por el SEA, contenidas en la Ley 19.300 y en el Reglamento del SEIA (RSEIA), junto con las disposiciones sobre infracciones ambientales que son aplicadas por la SMA, contenidas en su ley orgánica (LOSMA).¹

En ese sentido, como el fraccionamiento está intrínsecamente relacionado con las RCA, presentaré primero las disposiciones sobre ingreso al SEIA y luego las de fraccionamiento, para tener un marco normativo referencial a partir del cual desarrollar este estudio. Tras esto, me referiré muy brevemente a las conclusiones de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA en esta materia, lo que me permitirá introducir lo que considero son confusiones terminológicas que se pretenden aclarar en las siguientes secciones de este trabajo.

1. Dicha ley está contenida en el artículo segundo de la Ley 20.417.

Las disposiciones sobre obtención de RCA

Como indiqué antes, la Ley 19.300 establece el marco general del SEIA bajo la técnica de intervención administrativa de autorización previa. Para esto establece un sistema de listas de proyectos que se presume pueden causar impacto ambiental, cuya ejecución está supeditada a que obtengan una RCA favorable, por lo que deben obligatoriamente ingresar al SEIA a dicho fin.

A efectos de la evaluación de impacto ambiental, se debe tener presente que el artículo 2 letra k) de la Ley 19.300 define impacto ambiental (IA) como la alteración del medioambiente provocada de forma directa o indirecta por un proyecto en un área determinada. Si este supera alguno de los criterios de significancia dispuestos en los artículos 5 a 10 del RSEIA, a partir del artículo 11 de la Ley 19.300, se considerará impacto ambiental significativo (IAS); en caso contrario, se considerará no significativo (IANS). En lo sustantivo, el IAS es el único verdaderamente relevante en el SEIA para efectos de medidas de mitigación, compensación o reparación (MMCR), lo que es aplicado en casi la totalidad del derecho comparado (Astorga, 2014: 75-77).

Dicho esto, las disposiciones que conforman el núcleo básico del ingreso al SEIA se encuentran en los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Ley 19.300. De su lectura, es posible concluir que al artículo 10 presume que los proyectos allí listados presentan riesgo de causar IA,² por eso están sujetos a la prohibición de ejecución del artículo 8 de dicha ley, debiendo obtener una autorización ambiental que la levante, lo que implica obtener una RCA favorable. Además, el artículo 11 de dicha ley establece un listado de efectos, características o circunstancias de los proyectos, desarrollados en los artículos 5 al 10 del RSEIA, que se consideran IAS. En lo fundamental, desde una perspectiva probatoria, el SEIA consiste en confirmar o descartar si un proyecto en concreto causará IAS.

A dicho fin, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 19.300, si el proponente verifica que su proyecto está listado en el artículo 10 y predice que solo causará IANS, debe tramitar la RCA a través de una declaración de impacto ambiental (DIA); pero, si predice que causará IAS, debe tramitarla a través de un estudio de impacto ambiental (EIA), debiendo incluir MMCR de estos. En cambio, si verifica que su proyecto no está listado en el artículo 10, no requerirá tramitar RCA, aunque la jurisprudencia

2. El artículo 10 se refiere a los proyectos «susceptibles de causar impacto ambiental» que deberán someterse al SEIA, cuyas tipologías están desarrolladas en el artículo 3 del RSEIA. El adjetivo *susceptible* se define como la capacidad de recibir la acción o efecto que se expresa tras su uso, por lo que refiere a una capacidad pasiva (ser susceptible a enfermedades); sin embargo, acá es usado erróneamente, pues refiere a la capacidad para producir la acción o efecto que se expresa tras su uso, esto es, una capacidad activa (ser capaz de causar daño ambiental).

reciente de la Corte Suprema considera que la requiere si generan IAS.³ En todo caso, un proyecto que tiene características que lo obliga a obtener una RCA de acuerdo con el citado artículo 10 y los artículos 5 a 10 del RSEIA tiene prohibido su desarrollo hasta que la obtenga correctamente, ya sea por DIA o por EIA.

Al efecto, el artículo 19 inciso tercero de la Ley 19.300 establece que la autorización requerida por DIA deberá ser rechazada cuando no se subsanen los errores, omisiones o inexactitudes de que adolezca, cuando el proyecto requiere de un EIA o cuando no se acredite el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable. En caso contrario, la autorización deberá ser aprobada. Por lo tanto, la modalidad de ingreso al SEIA por DIA presupone un proyecto que solo causará IANS y respecto del cual basta el cumplimiento normativo, sin perjuicio de los compromisos ambientales voluntarios que eventualmente asuma.

En cambio, el artículo 16 inciso final de la Ley 19.300 establece que la autorización requerida por EIA deberá ser aprobada si el proyecto cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de dicha ley, propone MMCR apropiadas. En caso contrario, la autorización será rechazada. Por lo tanto, la modalidad de ingreso al SEIA por EIA presupone un proyecto que causará IAS y respecto del cual no basta el cumplimiento normativo, sino que necesita de MMCR apropiadas.

Esta forma de comprender las citadas disposiciones es bastante pacífica, pues se ha afirmado que lo que determina el ingreso al SEIA es la inclusión o no del proyecto en el listado del artículo 10 y no su impacto ambiental (Bermúdez, 2014: 279); que los proyectos del artículo 10 ingresan al SEIA por DIA y, si además generan efectos del artículo 11, ingresan por EIA (Fernández, 2013: 213, 228, 234); que el artículo 10 determina los proyectos que ingresan obligatoriamente al SEIA, mientras que los no incluidos pueden hacerlo voluntariamente (Guzmán, 2012: 137); que el artículo 10 contiene un catálogo taxativo de proyectos que ingresan al SEIA (Carrasco, 2014: 8); y que el artículo 10 fija el ámbito de aplicación del SEIA, basado en una lista positiva por exclusión (Astorga, 2014: 120-121).

Además, hay que considerar las disposiciones sobre ingreso al SEIA por modificación o ampliación de un proyecto existente. Estas suelen incidir en el fraccionamiento, pues comprende dos o más proyectos relacionados: el existente y su modificación. En estos casos, el artículo 2 letra g) del RSEIA considera que una modificación o ampliación de proyecto corresponde a cambios de consideración de este, es decir, cuando estos cambios son de relevancia. Esto ocurrirá si la modificación está listada en el

3. Se trata de las sentencias de la Corte Suprema rol 3918-2012, casación de sentencia de reclamo de ilegalidad municipal; y roles 15500-2018, 12808-2019, 2608-2020, 129344-2020, 129344, 42563-2021, 119087-2020, 49869-2021, 85952-2021 y 84513-2021, apelaciones de sentencias de recurso de protección.

artículo 3 del RSEIA,⁴ si altera sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los IA del proyecto o si altera sustantivamente las MMCR del proyecto.

En resumen, las normas sobre ingreso obligatorio al SEIA buscan determinar correctamente si un proyecto causará o no IAS para anticiparse y manejarlos con MMCR, así como determinar el mecanismo procedimental adecuado para la decisión sobre otorgar o no la RCA, habida cuenta de que los proyectos que por sus características deben ingresar al SEIA no pueden desarrollarse sin dicha autorización.

Las disposiciones sobre fraccionamiento

El fraccionamiento no está tipificado directamente como infracción administrativa en el artículo 35 de la LOSMA. Lo que está tipificado como tal es la elusión al SEIA, contenida en el artículo 35 letra b) de dicha ley. No obstante, el artículo 11 bis de la Ley 19.300, que contiene la prohibición de fraccionamiento para eludir o variar la vía de ingreso al SEIA, confiere competencia a la SMA para «determinar la infracción a esta obligación», lo que conllevaría entonces su tipificación como infracción.

La tipificación del fraccionamiento y de la elusión al SEIA corresponde a una ley infraccional en blanco. En estas, el núcleo esencial de la conducta infractora está concretado en las disposiciones legales respectivas, pero para su aplicación es necesario acudir a otras disposiciones legales (sobre ingreso al SEIA y obtención de RCA contenidas en la Ley 19.300) respecto de las que, a su vez, es necesario acudir a disposiciones reglamentarias que las implementan y pormenorizan (contenidas en el RSEIA).

Como ya adelanté, la principal disposición sobre fraccionamiento está en el artículo 11 bis de la Ley 19.300, a la que hay que agregar el artículo 3 letras i), j) y k) y el artículo 35 letra b) de la LOSMA. Además, recientemente, el artículo 37 bis letra d) de la LOSMA tipificó como delito el fraccionamiento y el nuevo artículo 305 del Código Penal tipificó como delito la elusión al SEIA.

Al respecto, el artículo 11 bis de la Ley 19.300 prohíbe dividir intencionalmente un proyecto para eludir el ingreso al SEIA o variar la vía de ingreso al SEIA. Además, como ya señalé, confiere competencia a la SMA para determinar su infracción y requerir el ingreso adecuado al SEIA (previo informe del SEA), pero tal infracción no se configurará cuando se acredite que el proyecto se realizará por etapas.

A su turno, el artículo 3 letras i), j) y k) de la LOSMA reitera la competencia de la SMA para requerir el ingreso al SEIA en casos de elusión y de fraccionamiento, mientras que el artículo 35 letra b) establece como infracción la elusión al SEIA, así

4. A dicho efecto, la citada disposición establece que, para determinar si una modificación está listada en el artículo 3 del RSEIA, en caso de modificación de un proyecto no evaluado por ser anterior a la vigencia del SEIA, solo se considerará la modificación, y que, en caso de uno no evaluado, pero posterior a la vigencia del SEIA, se considerarán las partes sin evaluación y la modificación.

como el incumplimiento del requerimiento de ingreso al SEIA en casos de elusión y de fraccionamiento. Al efecto, la elusión y el fraccionamiento tienen supuestos de hecho que se superponen parcialmente.

Los elementos del fraccionamiento

Si bien estas disposiciones no contienen un concepto de fraccionamiento, a partir de las mismas se puede inferir sus elementos. A dicho efecto, la SMA considera que es necesario acreditar: i) la unidad del proyecto fraccionado; ii) la idoneidad de la conducta para eludir o variar el ingreso al SEIA, y iii) que el fraccionamiento del proyecto se realizó a sabiendas.⁵ Para dicho organismo, el primer aspecto corresponde al elemento objetivo, el segundo al finalista y el tercero al subjetivo.

La SMA afirma que el elemento finalista consiste en que la división del proyecto deba ser idónea para eludir definitivamente el ingreso al SEIA de un proyecto o una de sus partes o para variar la vía de ingreso. En ese sentido, indica que es necesario corroborar como «con la división se evita definitivamente» el correcto ingreso al SEIA, por lo que, si «la elusión o variación solo se generaría, por ejemplo, en relación a etapas siguientes del proyecto, no será posible sostener una hipótesis actual de fraccionamiento»,⁶ ya que es posible que el proyecto ingrese posteriormente cuando efectivamente se configure la causal del artículo 10 o cuando sea aplicable el artículo 11 ter, ambos de la Ley 19.300.

El que la SMA exija que conducta sea idónea para obtener un resultado parece situar el fraccionamiento como una infracción de mera actividad peligrosa por idoneidad lesiva. Sin embargo, el que la SMA también exija que la elusión o variación deban ser actuales y definitivas —pues hay casos en que luego se podría ingresar correctamente al SEIA y no constituirían infracción— parece situarla como una infracción de resultado, como efectivamente es.

Por lo anterior, considero que los elementos que caracterizan al fraccionamiento son: i) división de un proyecto global en dos o más proyectos divididos; ii) intención manipulativa del SEIA en dicha división, y iii) resultado de desarrollar el proyecto global sin RCA —elusión total— o con una RCA defectuosa —elusión parcial o variación de vía de ingreso—. El primero y el último son elementos objetivos, mientras que el segundo es subjetivo o volitivo. Si se acreditan estos tres elementos, se tendrá por configurada la infracción de fraccionamiento.

5. Superintendencia del Medio Ambiente, «Memorándum 93/2020: Recomendaciones para consideración de fraccionamiento de proyectos en informes de fiscalización», 2020, disponible en <https://tipg.link/SNCF>.

6. Superintendencia del Medio Ambiente, «Memorándum 93/2020: Recomendaciones para consideración de fraccionamiento de proyectos en informes de fiscalización», 2020, disponible en <https://tipg.link/SNCF>.

Pero, desde la perspectiva del SEIA, lo realmente relevante para frustrar o entorpecer la correcta evaluación de los IA de un proyecto global es su segmentación en dos o más proyectos divididos, sin importar la intencionalidad. Como mostraré más adelante, el SEA tiene la competencia y los mecanismos para controlar tal división en el marco del SEIA y de las pertinencias de ingreso al SEIA.

El fraccionamiento en el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA

La Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA funcionó entre abril de 2015 y enero de 2016 y consideró la normativa sobre fraccionamiento dentro de uno de sus ejes estratégicos en una de las mesas de trabajo. El informe final de la citada comisión señaló que hay varios problemas en la aplicación del fraccionamiento, como la conveniencia de sancionarlo por variación de instrumento, la falta de definición del concepto de etapa, la dificultad probatoria y el estándar de prueba en relación a la noción de «a sabiendas», asimilable al dolo (Ministerio de Medio Ambiente [MMA], 2017: 356).

En lo que acá interesa, en cuanto al concepto de etapa y el rol del artículo 11 ter de la Ley 19.300, se propuso atender las características específicas del tipo de proyecto de que se trate, de forma de no obstaculizar la aplicabilidad del fraccionamiento lícito (MMA, 2017: 357) y que la ejecución por etapas se aborde solo desde una perspectiva temporal, considerando suficiente el contenido de la descripción de etapas al momento de ingresar al SEIA, detallado en el artículo 14 inciso tercero del RSEIA. También se propuso eliminar el fraccionamiento ilícito por variación de vía de ingreso, ya que solo operaría en casos de DIA, por lo que el SEA podría detectarlo en el examen de admisibilidad, en el término anticipado y en la resolución terminal, siendo ineficiente derivar los antecedentes a la SMA (MMA, 2017: 358). Por último, propuso eliminar la expresión «a sabiendas», de modo que la culpa infraccional bastara para tener por acreditado el fraccionamiento, ya que esta refiere al dolo, lo que hace muy difícil o prácticamente imposible su configuración, más aún cuando la SMA carece de mayores potestades intrusivas para tales fines (MMA, 2017: 358).

Confinando el fraccionamiento a la infracción

Como se puede apreciar, las propuestas de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA dan cuenta de que la expresión «fraccionamiento» es usada en dos contextos distintos. El primero es en el manejo reactivo por la SMA de la infracción de fraccionamiento, mientras que el segundo es en el manejo preventivo por el SEA ante una posible infracción de fraccionamiento. Por esa misma razón, la expresión «fraccionamiento» es usada para denotar tanto la infracción como la

acción de dividir un proyecto en dos o más. Adicionalmente, se distingue entre fraccionamiento lícito e ilícito, considerando la excepción de desarrollo por etapas del artículo 11 bis de la Ley 19.300 frente a la intención dolosa de eludir el SEIA o variar la vía de ingreso a este.

Para evitar confusiones, en adelante confinaré la expresión «fraccionamiento» a la infracción, mientras que para efectos del SEIA me referiré solo al elemento división. Al efecto, antes indiqué que los elementos de la infracción de fraccionamiento son: i) división, ii) intención manipulativa, y ii9) resultado de elusión total (sin RCA), elusión parcial o variación de vía de ingreso (RCA defectuosa). Si la SMA acredita estos tres elementos, tendrá por configurada la infracción. Pero, como dije antes, para efectos del SEIA lo verdaderamente relevante para frustrar o entorpecer la correcta evaluación de los IA de un proyecto es el elemento división. Esto porque el resultado de la infracción se puede configurar solo con el elemento división, es decir, sin la intención manipulativa; y se puede manejar por el SEA sin recurrir a la SMA. Por tanto, la distinción entre estos tres elementos es fundamental para comprender mejor el fraccionamiento y delinear las funciones de la SMA y del SEA en esta materia.

La SMA frente al fraccionamiento: La infracción

En vistas de lo antes expuesto, la infracción de fraccionamiento requiere de la división, de la intención manipulativa y del resultado de elusión total (sin RCA), elusión parcial o variación de vía de ingreso (RCA defectuosa). Enseguida ahondaré en estos tres elementos, además me referiré al estándar de prueba para su acreditación y a cómo la SMA puede manejar la infracción.

Los elementos del fraccionamiento

La división del proyecto

Acerca de este elemento, se debe considerar qué es lo que se divide de un proyecto, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 11 bis de la Ley 19.300 permite dicha acción si se acredita que este se realizará por etapas. Al respecto, los artículos 18 y 19 del RSEIA, referidos respectivamente a ciertos contenidos mínimos de los EIA⁷ y las DIA,⁸ establecen que estas deben contener una descripción del proyecto, lo que incluye una descripción de las partes, acciones y obras físicas que las componen, en las fases de construcción, operación y cierre del proyecto. Aunque el término «etapas» no equivale a fases del proyecto o a partes, acciones y obras, considero que las engloba.

7. En específico, en sus letras c.4) a c.7).

8. En específico, en sus letras a.4) a a.7).

A partir de lo anterior, un proyecto (sea global o no) puede encontrarse dividido en dos o más proyectos en cuanto a sus partes, acciones y obras físicas (división por partes), sus etapas (división por etapas) o una combinación de ambos. Esta división puede ser homogénea, cuando un proyecto se divide en partes similares (como conjuntos habitacionales,⁹ centrales eléctricas,¹⁰ faenas mineras¹¹), o heterogénea, cuando se divide en partes funcionalmente diferentes, aunque relacionadas (como central eléctrica y línea de transmisión)¹² (Enríquez de Salamanca, 2016: 154). En resumen, la división del proyecto es el desarrollo por partes de este, las que guardan relación entre sí.

Para configurar este elemento, la SMA utiliza los siguientes criterios indiciarios: a) misma titularidad o titularidad de empresas relacionadas para los permisos de los proyectos o en los proyectos como tal,¹³ así como en la propiedad de terrenos en los cuales se emplazan;¹⁴ b) compartir estructuras físicas o territoriales, como vías de acceso, estructuras de transporte o conexión,¹⁵ continuidad operativa, instalaciones de faenas; c) estructuras o insumos comunes,¹⁶ o interdependencia técnica o económica de proyectos¹⁷, como equipos, infraestructuras construidas e insumos elaborados en una etapa que son condición para la existencia de la otra;¹⁸ d) un único plan de manejo sectorial para los proyectos; e) tiempos simultáneos de ejecución de los proyectos;¹⁹

9. Véase expediente D-023-2015. La SMA formuló cargos porque dos proyectos inmobiliarios y uno de obras sanitarias constituían una unidad de proyecto. Véase también expediente Req-010-2022, en el que la SMA inició un requerimiento de ingreso porque varios proyectos inmobiliarios podrían constituir una unidad de proyecto. Sin embargo, la medida se descartó porque solo uno de los lotes estaba en faenas, mientras que los otros tenían anteproyectos aprobados por la Dirección de Obras Municipales. Además, se indicó que únicamente el lote en cuestión debía ingresar al SEIA y que los restantes ingresarían en su oportunidad. Luego se formularon cargos en el expediente D-206-2022, en curso, a varias empresas, pero ahora bajo la consideración de que todo constituía una unidad de proyecto, incluyendo obras de infraestructura en desarrollo. Allí, se mantuvo la infracción de elusión, no así la de fraccionamiento

10. Véase expediente Req-012-2020. La SMA inició requerimiento de ingreso porque dos centrales hidroeléctricas constituían una unidad de proyecto.

11. Véase expediente D-063-2017. La SMA formuló cargos considerando que tres proyectos de explotación y uno de procesamiento de minerales constituían una unidad de proyecto.

12. Véase expediente D-001-2019. La SMA formuló cargos considerando que distintos proyectos de parque eólico, uno de línea de transmisión y otro de línea de alta tensión, constituían una unidad de proyecto.

13. Véanse expedientes D-023-2015, D-063-2017, D-001-2019 y Req-010-2022.

14. Véanse expedientes Req-012-2020 y D-063-2017.

15. Véase expediente D-001-2019.

16. Véanse expedientes D-063-2017 y D-001-2019.

17. Véanse expedientes D-063-2017 y D-001-2019.

18. Véase expediente D-001-2019.

19. Véanse expedientes D-023-2015, Req-010-2022.

f) tramitación administrativa o antecedentes formales que dan cuenta de la unidad del proyecto, como la tramitación conjunta o asociada de algunas de sus partes;²⁰ g) generación de impactos sinérgicos entre los proyectos divididos, cuya consideración separada no permitiría evaluar;²¹ h) reconocimiento de la necesidad de adoptar medidas de mitigación, reparación o compensación al margen de la evaluación del proyecto; e i) hacerse parte en un procedimiento o juicio seguido en contra del proyecto relacionado.

Al respecto, algunos de los criterios indiciarios antes señalados son indicadores fuertes de división de un proyecto, como compartir estructuras físicas o territoriales, tener estructuras o insumos comunes, mantener cierta interdependencia técnica o económica y manejar tiempos simultáneos de ejecución de los proyectos. En cambio, los demás indicios parecen apuntar también al elemento subjetivo.

La intención manipulativa del SEIA

En lo que respecta a la división del proyecto, esta puede ser intencional de mala fe o intencional de buena fe, e incluso ser involuntaria (Enríquez de Salamanca, 2016: 155). La división intencional de buena fe obedece a razones de tipo comercial (oportunidad de inversión), presupuestaria (programación financiera), organizativa (necesidad de etapas) y técnica (especialización de obras); en cambio, la de mala fe obedece a evitar la evaluación ambiental o facilitar la aprobación ambiental (Enríquez de Salamanca, 2016: 155). La primera de estas correspondería a la declaración de que el proyecto se realizará por etapas, como permite el artículo 11 bis de la Ley 19.300. Respecto de la división involuntaria, esta no obedece a una planificación, sino a razones imprevistas de tipo comercial (cambio en la demanda) o técnica (habilitación de infraestructura) que requieren de nuevos proyectos o que habilitan modificaciones o ampliaciones de los existentes (Enríquez de Salamanca, 2016: 155), a las que agregaría las razones de tipo regulatorio (cambios de planificación territorial). En estos casos, se trata del devenir contingente propio del desarrollo de proyectos.

Sin embargo, para efectos de la configuración de la infracción, la división intencional de mala fe es la más relevante, pues busca derechamente obtener el resultado de desarrollar un proyecto global sin RCA (elusión total) o con una RCA defectuosa (elusión parcial o variación de vía de ingreso). En ese sentido, se debe recordar que esta infracción exige que la división del proyecto sea «a sabiendas [...] con el objeto de», mientras que para el delito se requiere que sea «maliciosamente [...] con el objeto de».

20. Véase expediente D-023-2015.

21. Véase expediente Req-012-2020.

En cualquier caso, como expuse antes, la división de un proyecto no es intrínsecamente ilegal, pero la búsqueda de criterios precisos para su aplicación siempre estará dificultada por la complejidad propia de las situaciones que involucra. Entre ellas están las causales de ingreso al SEIA, las consultas de pertinencia, las modificaciones de proyecto, la evaluación de impactos acumulativos y sinérgicos, entre otros. En resumen, la intencionalidad es la voluntad positiva de manipular el SEIA a través de la división de un proyecto para obtener el resultado deseado.

La intencionalidad en la división del proyecto y el alcance de la excepción del artículo 11 bis están estrechamente relacionadas. Por ejemplo, se sostiene que, si la DIA o el EIA no indica que el proyecto se realizará por etapas, se puede presumir la intencionalidad (Bermúdez, 2014: 301), aunque también se sostiene que siempre debe acreditarse la intencionalidad (Carrasco, 2014: 485) o una especial intención dolosa (Leiva, 2013: 290). Así, no existirá infracción en caso de fraccionamiento por desconocimiento o error del proponente, pues no existe la voluntad dolosa de infringir la prohibición de fraccionamiento (Pérez, 2017: 259).

Por otra parte, es discutible que el elemento subjetivo sea de muy difícil acreditación, al menos cuando es conocido por la SMA. En sentido, no puede confundirse la formulación «a sabiendas» o «maliciosamente», que evocan al dolo directo, con las exigencias probatorias para tenerlo por acreditado. Esto obliga a reconducir la discusión hacia el estándar de prueba como parte de la decisión probatoria, lo que examinaré en el acápite subsiguiente.

El resultado

Los casos de fraccionamiento se deben enfocar considerando el proyecto global en su relación con el SEIA, para determinar si efectivamente tiene sentido el requerimiento de ingreso al SEIA del proyecto global o de alguno de los proyectos divididos. Por eso, las modalidades de fraccionamiento dependerán de la situación jurídica de los proyectos divididos frente al SEIA.

De esa forma, hay casos en que el proyecto global está en elusión del SEIA, porque ninguno de los proyectos divididos tiene RCA. Por ejemplo, en el expediente D-063-2017, la SMA formuló cargos considerando que cuatro proyectos (tres de explotación y uno de procesamiento de minerales) constituían una «unidad de proyecto». Ninguno contaba con RCA porque individualmente considerados no cumplían ninguna tipología de ingreso, pero el proyecto global ingresaba al SEIA. Entonces, desde la perspectiva del proyecto global, este sería un caso de elusión total, porque opera sin RCA, aun debiendo tenerla.

También hay casos en que el proyecto global no está en elusión total del SEIA, por lo que realmente tendría una RCA defectuosa por incompleta. Esto sucede i) cuando uno o algunos de los proyectos divididos tiene RCA por DIA y el resto no tiene RCA,

pero el proyecto global debió obtener una RCA por DIA; o ii) cuando, ante la misma situación, el proyecto global debió obtener una RCA por EIA.

El primer caso, por ejemplo, es el del expediente D-023-2015, donde la SMA formuló cargos porque tres proyectos divididos (dos inmobiliarios y uno de infraestructura sanitaria) constituían una unidad de proyecto. Dos de ellos contaban con RCA por DIA, mientras que el otro no tenía RCA, sino una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA. La SMA clasificó la infracción como grave por la causal del artículo 36, número 2, letra d) de la LOSMA, esto es, porque involucra a un proyecto en elusión del SEIA pero que no produciría IAS. Siendo así, la evaluación ambiental del proyecto global es incompleta e insuficiente. Entonces, desde la perspectiva del proyecto global, este sería un caso de elusión parcial, porque, debiendo tener RCA por DIA, solo la tiene para partes de este.

Un segundo caso es el del expediente D-039-2016, en el que la SMA formuló cargos considerando que dos proyectos divididos (uno de mejoramiento integral de una vía ferroviaria y otro de seguridad y confinamiento de dicha vía) constituían una unidad de proyecto. El primero contaba con una RCA por DIA, mientras que el segundo no tenía RCA porque no cumplía ninguna causal de ingreso al SEIA. La SMA consideró que el fraccionamiento permitió la elusión del segundo proyecto y clasificó la infracción como gravísima porque este habría causado IAS.²² Aunque el cargo formulado fue por elusión, la descripción de los hechos sugiere que existe fraccionamiento, por lo que el proyecto global debió obtener un RCA por EIA; sin embargo, este solo cuenta con una RCA por DIA. Entonces, desde la perspectiva del proyecto global, este no sería un caso de elusión al SEIA, sino de variación de vía de ingreso, porque debiendo tener RCA por EIA, solo la tiene por DIA para una parte de este.

Por último, hay casos en que el proyecto global no está en elusión del SEIA, pero igualmente tendría una RCA defectuosa. Esto sucede i) cuando todos los proyectos divididos tienen RCA por DIA, pero el proyecto global debió obtener una RCA por EIA; o ii) cuando algunos tienen RCA por DIA y el resto por EIA, pero el proyecto global debió tener una RCA por EIA. El primer caso, por ejemplo, es el del expediente F-053-2017, donde la SMA formuló cargos considerando que dos proyectos turísticos en las cercanías de un lago y uno de navegación en el lago mismo constituían una unidad de proyecto, los que contaban con RCA por DIA. La SMA clasificó la infrac-

22. La SMA finalmente sancionó al titular por eludir el SEIA. Sin embargo, uno de los argumentos del titular fue que los cargos imputados eran por fraccionamiento por variación de vía de ingreso al SEIA, el cual no estaría tipificado en el artículo 35 de la LOSMA. En su interpretación, la SMA debía primero requerir el ingreso al SEIA y, de incumplirse este, debía después formular cargos por incumplimiento de dicha orden; pero nunca podría sancionar directamente porque no existiría tal infracción. Este caso actualmente está reclamado bajo el rol R-346-2022 en el Segundo Tribunal Ambiental, donde el titular mantiene su interpretación de que se está frente a un caso de fraccionamiento por variación de vía de ingreso al SEIA y no por elusión al SEIA.

ción como gravísima porque habrían causado IAS (aunque finalmente consideró que no pudo acreditar la intencionalidad). Entonces, desde la perspectiva del proyecto global, este sería también un caso de variación de vía de ingreso, pues, debiendo tener RCA por EIA, la tiene por DIA.

El segundo caso es el del expediente D-001-2019, donde la SMA formuló cargos considerando que cinco proyectos (tres de parque eólico, uno de línea de transmisión y uno de línea de alta tensión) constituían una unidad de proyecto. El proyecto de línea de transmisión, el de línea de alta tensión y dos de los de parque eólico contaban con RCA por DIA, mientras que el otro proyecto de parque eólico contaba con RCA por EIA. La SMA consideró que el fraccionamiento permitió la variación de vía de ingreso de los proyectos que tenía RCA por DIA y clasificó la infracción como gravísima porque habría causado IAS (aunque finalmente consideró que no pudo acreditar la intencionalidad, pues se trató de un caso de división involuntaria). Entonces, desde la perspectiva del proyecto global, este igualmente sería un caso de variación de vía de ingreso, porque debiendo tener RCA por EIA, solo la tiene para una parte de este.

El estándar de prueba

Los elementos del fraccionamiento constituyen el supuesto de hecho para configurar la infracción, los que deben ser acreditados por la SMA. En ese sentido, dicho organismo —y todo órgano de aplicación— necesita tres momentos sucesivos para decidir sobre la configuración de los supuestos de hecho de las normas que debe aplicar: i) conformar el acervo probatorio a través de la admisión y práctica de pruebas sobre hechos relevantes; ii) valorar cada prueba de forma individual y conjunta según la regla de valoración aplicable —sana crítica, prueba tasada, libre convicción, entre otras— para determinar el grado de corroboración de las hipótesis en disputa (Ferrer, 2007: 61-66); y finalmente, iii) comparar estos grados con un umbral de suficiencia para decidir qué hipótesis se tiene por probada o descartada (Ferrer, 2021: 22 y 23). Este umbral se denomina estándar de prueba.

De forma básica, existen tres formulaciones de estándares de prueba ocupados tradicionalmente en el *common law* (Haack, 2014: 16): i) probabilidad preponderante, que exige que la hipótesis tenga un grado de corroboración que la haga más probablemente verdadera a que no lo sea; ii) más allá de toda duda razonable, que exige que la hipótesis tenga un grado de corroboración que la haga muchísimo más probablemente verdadera a que no lo sea; y iii) clara y convincente, que exige que tenga un grado de corroboración intermedio entre las dos anteriores, que sea mucho más probablemente verdadera a que no lo sea.

La decisión probatoria se suele adoptar valorando pruebas que no son completamente sólidas, que a menudo son débiles e incluso van a favor y en contra de co-

roborar una misma hipótesis; es decir, se decide en un contexto de incertidumbre que puede provocar errores. Existirá un error cuando lo resuelto no se ajusta a lo realmente ocurrido, lo que sucederá cuando se tiene por probada una hipótesis que realmente es falsa (falso positivo) o por descartada una que realmente es verdadera (falso negativo) (Ferrer, 2007: 143).

Para decidir si se puede tener por probada o descartada una hipótesis, se debe responder primero a cuánta certidumbre es suficiente para tenerla por probada y, correlativamente, cuánta incertidumbre podemos tolerar, teniendo en cuenta para qué finalidad se toma dicha decisión (Schauer, 2022: 34-36). Si bien los estándares de prueba que indiqué previamente se establecen con formulaciones vagas e imprecisas y los intentos por cuantificar el grado de certidumbre son problemáticos, estos son imprescindibles para la decisión probatoria, pues funcionan como referencias.

En el derecho nacional, el artículo 340 del Código Procesal Penal, que establece la formulación de «más allá de toda duda razonable», es la única disposición explícita que refiere al estándar de prueba, aunque discutiblemente el artículo 493 del Código del Trabajo también parece contener uno (Pino, 2019: 102-105).²³ Sin embargo, la ausencia de disposiciones explícitas no ha evitado que la discusión sobre el estándar de prueba emerja en la jurisprudencia y la doctrina nacional, aunque aún es escasa en lo que se refiere a los procesos contenciosos represivos y a los procedimientos administrativos sancionatorios.

En lo que respecta a los procesos contenciosos represivos, esto es, cuando la Administración carece de potestad sancionadora directa y requiere recurrir a un tribunal para la aplicación de sanciones (Cordero Vega, 2015: 620), el mayor desarrollo se encuentra en la protección de la libre competencia. Allí, la discusión está marcada por la idea de la aplicación matizada de los principios de derecho penal, que se opone a la de la autonomía del derecho administrativo frente al penal, mediado precisamente por la falta de norma explícita sobre estándar de prueba (Santibáñez, 2020; Juppert, 2016).

A nivel de jurisprudencia, la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de abordar este tema en casos de colusión, donde transitó desde el exigente estándar de «más allá de toda duda razonable» al menos exigente de «clara y concluyente»,²⁴ que es

23. El artículo 493 del Código del Trabajo establece que: «Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

24. La Corte Suprema primero sostuvo que, si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia analiza «las distintas hipótesis posibles y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión», esto es «del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia» (rol 5057-2006). También señaló que «la concurrencia de más de una hipótesis para explicar la conducta reprochada impide [...] arribar a una conclusión indubitada en cuanto a la colusión» (rol 4052-2007). Acá el Tribunal de Defensa

una formulación similar a «clara y convincente». Si bien no explicó las razones de su decisión, el cambio de criterio parece obedecer a las dificultades probatorias de tales acuerdos. Tras esto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló que aplica el estándar de prueba «clara y concluyente», pero un voto disidente sostuvo que incluso aplicaría la probabilidad preponderante.²⁵ Por su parte, en materia tributaria se ha observado que también ha permeado la idea de aplicación matizada de los principios de derecho penal, y que, revisada la jurisprudencia, esta ha variado entre «clara y convincente» y «más allá de toda duda razonable» (Osorio Morales, 2019: 200-202; Casas, 2019: 13, 32).

En cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio, también ha permeado la idea de aplicación matizada de los principios de derecho penal, a la que igualmente se ha opuesto la de autonomía del derecho administrativo frente al penal. En ese sentido, desde la primera posición, se ha reconocido que existe una laguna respecto del estándar de prueba, se han descrito las tres formulaciones ya indicadas previamente que se sugiere podrían ser aplicables (Cordero Quinzacara, 2012: 205-206) y se ha descartado la aplicación del estándar de «más allá de toda duda razonable» (Orellana, 2015: 77-78; Isensee, 2016: 95), aunque también se ha sostenido que este último aplicaría sin matices (Aróstica, 2012: 247; Dougnac, 2016: 182).

Por su parte, desde la segunda posición se ha argumentado a partir de una perspectiva de análisis económico del derecho, respecto de la preferencia de errores en la decisión probatoria (Letelier, 2018: 227; Carrasco, Jiménez y Weber, 2022: 26) o de la diferencia entre sanciones penales y administrativas (Osorio Vargas, 2017: 811 y 812) para tomar partido por el estándar de probabilidad preponderante. También se ha tomado partido por el estándar de «clara y concluyente», argumentando que las sanciones administrativas no tienen naturaleza civil y, aunque son sanciones, no tienen la misma finalidad ni vocación que tienen en el derecho penal (Cordero Quinzacara, 2014: 315). Otros autores simplemente exponen acerca de la prueba como elemento esencial del debido proceso en el procedimiento administrativo general, pero exploran la cuestión muy tangencialmente (Aguirrezabal y Flores, 2021: 26-27).

de la Libre Competencia pareció optar por el estándar de prueba de probabilidad preponderante, pero esto fue desechado por la Corte Suprema, que pareció optar por el de «más allá de toda duda razonable», al usar expresiones como «fehacientemente» y «conclusión indubitada». Posteriormente, la Corte Suprema sostuvo que «el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta» (roles 2578-2012, 19806-2014). Como se aprecia, la Corte Suprema parece optar por un estándar de prueba menos estricto que el previamente usado por ella misma.

25. En la sentencia rol 299-15, el voto de mayoría hizo referencia a los roles 136-14, 141-14, 145-15 y 148-15 para afirmar que aplica el estándar de «prueba clara y concluyente». El voto disidente indicó que «existen razones de orden dogmático, económico e institucional que permiten concluir que el estándar aplicable [...] es el denominado “balance de probabilidades”» (rol 299-15).

Considero que la justificación correcta del estándar de prueba en los procedimientos sancionatorios de la SMA tiene su fundamento en que, si bien no existe norma alguna que establezca dicho estándar, de acuerdo con el artículo 51 de la LOSMA, la prueba se valora de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Si estas reglas obligan consecuentemente a una justificación racional de la decisión probatoria, se sigue que cuando es más probable que una hipótesis se haya configurado a que no, es racional tenerlo por probado (Accatino, 2011: 486). Esto es, si la aceptabilidad de las hipótesis en juego depende de su grado de confirmación, es una exigencia de racionalidad que una hipótesis sea tenida como probada si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y si estas la hacen más probable que cualquier otra hipótesis alternativa (Gascón, 2010: 159), pues sería irracional que prevalezca la hipótesis menos probable, menos respaldada (Taruffo, 2008: 138). Aplicaría entonces el estándar de prueba de probabilidad preponderante.

Lo anterior es compatible con la idea de que el procedimiento tiene como finalidad primordial la averiguación de la verdad, aunque bajo ciertas restricciones que se expresan positivamente, como límites temporales, criterios de admisibilidad de la prueba, entre otros (Ferrer, 2007: 29-32). Pero si se desea tener finalidades adicionales que consideren otros valores, es necesario establecerlo expresamente, como ocurre con las presunciones legales relativas, esto es, que permiten prueba en contrario. En este caso no se altera el estándar de prueba, sino que la misma norma considera que un hecho que beneficia a una parte está por defecto acreditado y traslada a la contraria la carga de acreditar el hecho contrario (Medina, 2016: 123 y 124). Las razones para establecer estas presunciones son varias, como corregir un desequilibrio entre las partes, facilitar la prueba de hechos de difícil acreditación o proteger derechos o situaciones que se consideran socialmente valiosas (Gama, 2013: 81).

Si lo anterior requiere de norma expresa, con más razón lo requerirá si se pretende alterar la racionalidad misma de la decisión probatoria, apartándose del estándar de probabilidad preponderante. Esto, además, porque un estándar de prueba diferente conlleva aumentar los falsos positivos para reducir los falsos negativos o viceversa. En todo caso, se han invocado razones adicionales a las epistemológicas para justificar la aplicación del estándar de probabilidad preponderante. Una de ellas es estimar que las sanciones administrativas son un mecanismo esencial en la regulación, que los demás estándares conducen a una eficacia debilitada del derecho por su desigual distribución de errores y que el estándar de probabilidad preponderante es mejor en términos de bienestar social agregado (Letelier, 2018: 222-224). Otra es considerar que los principios de eficacia y de eficiencia, visto el procedimiento administrativo desde una perspectiva de análisis económico del derecho, obligan a la optimización de costos de obtención y procesamiento de prueba, que se elevan sobre lo razonablemente exigible cuando se usan estándares más exigentes que el de preponderancia de la prueba (Carrasco, Jiménez y Weber, 2022: 15).

No obstante, se sostiene que este estándar puede ser justificadamente sustituido por uno más estricto (como «clara y convincente» y «más allá de toda duda razonable») dependiendo de los bienes jurídicos involucrados y la distribución de riesgos de error respecto de estos (Letelier, 2018: 224 y 225). Por la misma razón, incluso puede reemplazarse por uno menos estricto («indicios suficientes») (Medina, 2016: 125 y 126; Rodríguez, 2016: 39). Como se aprecia, no se trata de una cuestión pacífica.

Es más, la reciente tipificación del fraccionamiento y la elusión como delitos requerirá, para su configuración en sede penal, superar el estándar de prueba de «más allá de toda duda razonable» que aplica por expresa disposición del artículo 340 del Código Procesal Penal. Esto puede resultar en que en sede administrativa se tenga por probada la infracción, con prueba indiciaria respecto de la intencionalidad; y que en sede penal esto no baste para superar el estándar de «más allá de toda duda razonable» y no se tenga por probado el delito. Aunque esto parece problemático, realmente no lo es, pues en sede administrativa se debe acreditar que es más probable que existió intencionalidad a que no, mientras que en sede penal se debe acreditar que no hay dudas razonables de que existió tal intencionalidad. Al efecto, tal situación ha ocurrido en casos de regulación del mercado de valores (Isensee, 2016: 93)²⁶ y se ha discutido en libre competencia (Santibáñez, 2020: 273).

Otro aspecto problemático será la elusión del SEIA, vista la tipificación de esta como delito, ya que en sede administrativa se exige culpa infraccional, mientras que en sede penal se exige dolo, pues la disposición del artículo 305 del Código Penal se refiere a «el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello» realice ciertas acciones.

Por otra parte, se debe considerar que la acreditación del elemento subjetivo requerirá de un conjunto de pruebas, que con mayor o menor fuerza probatoria permitirán inferir su configuración, generalmente de forma indirecta (Hunter, 2023: 544). Entre estas se encontrarán documentos como actas de directorio, declaraciones escritas, contratos, publicidad, presentaciones ante organismos administrativos o tribunales, comunicaciones con contratistas, consultoras o abogados, entre otras.

El manejo del fraccionamiento por la SMA

Desde un principio, tanto los casos de fraccionamiento como de elusión plantearon un problema procedimental: si el requerimiento de ingreso al SEIA debía efectuarse luego de haber determinado que se ha cometido la infracción de fraccionamiento o

26. Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 174-2012, 3 de febrero de 2014. Dos directivos de una corredora de bolsa fueron investigados por hechos tipificados como infracciones y delitos del mercado de valores, en sede administrativa se les sancionó por estas infracciones, mientras que en sede penal se les absolvió, haciendo presente en dicha sentencia las diferencias en el tratamiento de la prueba entre ambas sedes.

de elusión, previo procedimiento administrativo sancionador. El Segundo Tribunal Ambiental, en sentencias R-14-2013 (considerando decimotercero), R-15-2013 (considerandos décimo a decimoséptimo) y R-21-2014 (considerandos octavo a decimotercero), sostuvo que primero se debía sancionar por estas infracciones y luego requerir el ingreso al SEIA, ya que ambas disposiciones aludían a la misma infracción. Posteriormente abandonó esta posición en la sentencia R-177-2018 (considerandos novenos a decimosexto), diferenciando entre la potestad fiscalizadora expresada en medidas correctivas, que permite requerir el ingreso al SEIA, y la potestad sancionadora, que permite imponer una sanción si se configura la infracción.

En cualquier caso, como indiqué antes, si no es posible configurar el elemento subjetivo, entonces no existirá la infracción de fraccionamiento y, en principio, la SMA no puede sancionar ni requerir el ingreso al SEIA de acuerdo con el artículo 3 letra k) de dicha ley, porque dicha norma reproduce la exigencia de este elemento. Esto se puede esquivar parcialmente si se recurre al artículo 35 letra b) de la LOSMA, que tipifica la elusión al SEIA como infracción. El fraccionamiento por elusión total o parcial requiere de intencionalidad, según la disposición del artículo 11 bis de la Ley 19.300, mientras que la elusión no la exige, según la disposición del artículo 35 letra b) de la LOSMA.

De esa forma, se configuraría la infracción de elusión de un proyecto no dividido con culpa infraccional, pero esta no bastaría cuando un proyecto global está en elusión total, pues se exige intencionalidad. Esto es un contrasentido. Si la elusión es sancionada bastando la culpa infraccional cuando no hay un proyecto global, con más razón debe sancionarse con ese mismo criterio de imputación cuando un proyecto global se ha separado en proyectos divididos y está en elusión total. De esa forma, el artículo 35 letra b) de la LOSMA comprenderá al fraccionamiento que resulta en la elusión al SEIA, sea intencional o no, además de que se podrá requerir el ingreso del proyecto global de acuerdo con el artículo 3 letra i) de la LOSMA.

En ciertos casos, esto puede ser una estrategia para evitar la discusión sobre la intencionalidad, centrándola solamente en el hecho mismo de la división (unidad de proyecto) y en el resultado (elusión al SEIA). Por ejemplo, en el caso D-206-2022, la SMA formuló cargos por elusión al SEIA contra un grupo de empresas, desarrollando la unidad de proyecto que comprendería a varios proyectos inmobiliarios y obras de infraestructura anexa que estarían relacionados, la titularidad de estos y el resultado de elusión total, todo sin referencia alguna a la intencionalidad. Sin embargo, esta opción no está disponible cuando existe elusión parcial o variación de la vía de ingreso. En esos casos es siempre necesario abordar la intencionalidad.

Por otra parte, si la SMA requiere el ingreso al SEIA, la disposición del artículo 3 letra k) de la LOSMA establece que dicho organismo debe obtener previamente un informe del SEA sobre el asunto. Por su parte, cuando la SMA opta por formular cargos por fraccionamiento o por elusión, igualmente solicita dicho informe, pues es

indispensable para luego requerir el ingreso al SEIA. En todo caso, como no hay disposición expresa que haga vinculante a dicho informe, resulta aplicable el artículo 38 de la Ley 19.880, lo que no obsta a que la SMA deba motivar su decisión de aceptarlo o desecharlo.

Jurisprudencia sobre el fraccionamiento como infracción

La jurisprudencia sobre fraccionamiento como infracción no ha estado exenta de referencias indirectas a las cuestiones discutidas previamente. El Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia R-192-2018, sostuvo, respecto de la unidad de proyectos, que esta «constituye el supuesto de hecho de la conducta típica [...] ya que solo podrá existir división [...] allí donde se haya acreditado fehacientemente que existía tal unidad» (considerando noveno).²⁷ La alusión a que «se haya acreditado fehacientemente» es un dispositivo retórico que evitar afirmar que se aplica un estándar de prueba «más allá de toda duda razonable», lo que no es infrecuente (Schauer, 2022: 51-52). También abordó la intencionalidad, indicando que «suponiendo que concurren los elementos objetivos y subjetivos del fraccionamiento, se presentaría una infracción de carácter permanente» (considerando 35.º), lo que hace relevante «determinar cuándo se produce la consumación del fraccionamiento, pues la intencionalidad debe concurrir en ese momento» (considerando 36.º), y faculta que una vez que concurren todos los elementos se genere «un estado permanente de consumación que depende de la voluntad del infractor» (considerando 37.º). Esto resulta debatible, porque si el proyecto se ingresa al SEIA, pero continúa su ejecución, la situación antijurídica no cesará ni dependerá de la voluntad del infractor, sino que concurrirá de manera determinante la voluntad del SEA al decidir sobre el otorgamiento de la respectiva RCA.

Ese mismo tribunal, en la sentencia R-292-2021²⁸ reiteró que la unidad de proyecto «constituye el supuesto de hecho para configurar el fraccionamiento de proyecto, pues solo puede haber división allí donde previamente existía tal unidad» (consi-

27. Una empresa reclamó contra la sanción impuesta por la SMA por el fraccionamiento de un proyecto inmobiliario en elusión al SEIA. Se trataba del desarrollo de tres lotes que individualmente no ingresaban al SEIA, pero de ser sumados sí lo harían. El caso tuvo una particularidad: durante la tramitación de los permisos de edificación, el RSEIA introdujo una excepción a la causal de ingreso discutida, pero una reforma posterior la derogó.

28. Unas personas reclamaron en contra el archivo de denuncias por la SMA. Las denuncias estaban referidas, entre otras materias, al fraccionamiento de un proyecto minero y obras de infraestructura asociada con otro proyecto minero. De esa forma, un titular tenía un proyecto minero en evaluación por EIA para optimizar y extender la operación de uno existente que contaba con RCA por EIA y un proyecto de obras de infraestructura de conducción que contaba con consulta de pertinencia de ingreso al SEIA; mientras que otro titular tenía un proyecto de infraestructura de conducción relacionada con los proyectos mineros del otro titular que contaba con consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

derando 59.º). Luego se indicó que la relación societaria entre los titulares «no es determinante para fundamentar la unidad de los proyectos», como tampoco lo son las «actuaciones administrativas compartidas» (considerando sexagésimo), pero que «la interdependencia funcional ente los proyectos [...] se erige como relevante para confirmar o descartar una unidad de proyecto» (considerando 61.º) y que «el proyecto de suministro de aguas claras sirve a los proyectos actualmente en operación y es independiente de un proyecto minero en evaluación» (considerando 63.º), por lo que los antecedentes aportados «analizados en su conjunto, no son concluyentes para determinar que existe unidad de proyecto» (considerando 64.º). La alusión a que los antecedentes «no son concluyentes» es otro dispositivo retórico para evitar afirmar que se aplica un estándar de prueba exigente, presumiblemente de «prueba clara y convincente».

Por su parte, el Tercer Tribunal Ambiental en la sentencia R-60-2017²⁹ consideró que «el fraccionamiento elude la correcta evaluación ambiental de todos los impactos de un proyecto, ya sea al evitar el SEIA, o en su interior, al rehuir el procedimiento que permite la adecuada estimación de los impactos ambientales» (considerando décimo). Junto con ello, afirmó que el elemento subjetivo se configura si «el proponente debió saber que su conducta [...] impedía la correcta evaluación ambiental de todos los impactos de su proyecto» y que «el estándar de prueba del elemento subjetivo [...] debe ajustarse al balance de probabilidades», pero sin dar razones de esto (considerando undécimo).³⁰

Como se puede apreciar, en las sentencias analizadas se abordan los elementos del fraccionamiento como infracción, pero omiten indicar directamente al estándar de prueba aplicado (ni por la SMA ni por el mismo tribunal), salvo en un caso donde no se justificó la decisión. Dicho lo anterior, en la siguiente sección abordaré cómo el elemento objetivo del fraccionamiento se puede manifestar en la tramitación ante el SEA, tanto en el marco del SEIA como en el de las consultas de pertinencia. Esto permitirá explicar lo que considero es la correcta interpretación y aplicación de la disposición del artículo 11 bis de la Ley 19.300 por el SEA.

29. Una junta de vecinos reclamó en contra de la decisión de la SMA de dejar sin efecto un requerimiento de ingreso hecho a una empresa sanitaria. El requerimiento había estimado que una planta provisoria de tratamiento de aguas servidas debía obtener una RCA para su construcción y operación, ya que superaba el umbral de ingreso al SEIA aplicable. La reclamante consideraba, entre otras cosas, que se configuraba la infracción de fraccionamiento entre la planta provisoria y una planta definitiva que estaba en trámite de obtener una RCA por DIA.

30. Fue casada en la forma por la Corte Suprema por motivos ajenos al tema del estándar de prueba.

El SEA frente a la división de proyectos: La evaluación integral

Como ya indiqué, en el caso de la determinación de la infracción de fraccionamiento y del requerimiento de ingreso asociado a este, la SMA debe solicitar informe previo del SEA. En dichos casos, la SMA normalmente estará enfrentando fraccionamientos consumados en todo o parte, y el informe del SEA se referirá sobre el elemento objetivo del fraccionamiento, como mínimo. Hasta este punto, la participación del SEA no es objeto de controversia.

Pero el SEA puede enfrentar el fraccionamiento en el marco del SEIA o de una consulta de pertinencia. Al respecto, varias reclamaciones en Tribunales Ambientales han imputado al SEA la omisión de deberes sobre la materia en el marco del SEIA, y en los informes de estas causas, dicho organismo ha reiterado que todo lo relacionado con el fraccionamiento es de competencia exclusiva de la SMA.³¹ En especial, el SEA ha enfatizado que el fraccionamiento siempre corresponde a una infracción y que requiere de la determinación del elemento subjetivo, esto es, de la intencionalidad.

En lo sucesivo, se argumentará por una posición distinta, esto es, que el SEA cumple una función preventiva del fraccionamiento en el marco del SEIA y de la consulta de pertinencia, y que, a dicho efecto, basta con acreditar solo la configuración de la «unidad» de los proyectos distintos, que forma parte del elemento objetivo.

La descripción del proyecto y el área de influencia

De acuerdo con el artículo 81 letras a), b) y c) de la Ley 19.300, el SEA es el administrador del SEIA y además es el administrador de dos sistemas de información: uno de permisos y autorizaciones de contenido ambiental y otro de líneas de bases de proyectos ingresados al SEIA. Junto con la DIA o EIA o con la consulta de pertinencia respectiva, así como con los informes y pronunciamientos que requiere de los organismos sectoriales con competencia ambiental, esta es toda la información que podría considerarse necesaria para determinar si existe unidad entre proyectos distintos.

Desde la perspectiva del SEA, la configuración de este componente del elemento objetivo del fraccionamiento responde al análisis de la descripción de las partes,

31. Confróntense con los informes de las causas R-37-2020 (DIA Muelle Punta Caleta) y R-39-2020 (DIA Adecuaciones de Cerro Colorado) del Primer Tribunal Ambiental; R-90-2016 (DIA Bodegas de Cal San Felipe), R-164-2017 (EIA CIGRI), R-217-2019 (DIA Mall Vivo Santiago) y R-244-2020 (EIA Terminal Cerros de Valparaíso) del Segundo Tribunal Ambiental; R-78-2018 (DIA Minicentral Hidroeléctrica Las Flores), R-1-2020 (EIA Terminal Marítimo GNL Talcahuano), R-5-2021 (DIA Condominio Alta Vista Pucón II), R-16-2021 (DIA CES Clarence 6 y CES Clarence 14), R-6-2022 (DIA CES Clarence 4), R-24-2022 (DIA CES Ensenada Colo-Colo) y R-25-2022 (DIA CES Estero Pérez de Arce) del Tercer Tribunal Ambiental.

acciones y obras físicas que componen el proyecto, en sus fases de construcción, operación y cierre. Esto obligaría al SEA a revisar los sistemas de información que administra y las consultas de pertinencia en el área de influencia del proyecto en evaluación, en búsqueda de antecedentes que den cuenta de que este forma parte de otro proyecto que ha sido dividido en sus partes, acciones, obras físicas o fases.

En el caso de que resulte necesario obtener una RCA por DIA, el artículo 19 del RSEIA establece los contenidos mínimos de la misma. Entre estos está la descripción del proyecto, el que, conforme a las letras a.4) a a.7) del citado artículo 19, incluye la descripción de las partes, acciones y obras físicas que lo componen, y de las fases de construcción, de operación y de cierre, si las hubiere, respectivamente. También están los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de IAS (ya que en presencia de uno de estos se requerirá obtener la RCA por EIA), en los que, a partir de las letras b.1) a b.6) del citado artículo 19, incluye la determinación y justificación del área de influencia del proyecto con una descripción general de la misma, así como la ubicación del proyecto y sus principales partes, obras o acciones; la ubicación y cuantificación de los recursos naturales renovables a extraer o explotar por el proyecto; sus emisiones; la cantidad y manejo de residuos, productos químicos y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente; y, de emplazarse en o cerca de tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o pueblos indígenas, contener los antecedentes que justifiquen la inexistencia de susceptibilidad de afectación de estos.

Por su parte, en el caso de que resulte necesario obtener una RCA por EIA, el artículo 18 del RSEIA establece los contenidos mínimos de la misma. Entre estos también está la descripción del proyecto, el que, de acuerdo con las letras c.4) a c.7) del citado artículo 18, incluye la descripción de las partes, acciones y obras físicas que lo componen, y de las fases de construcción, de operación y de cierre, si las hubiere, respectivamente. Además, conforme a la letra d) del citado artículo 18, igualmente está la determinación y justificación del área de influencia del proyecto, la que se definirá y justificará para cada elemento afectado del medioambiente, así como el espacio geográfico en el cual se emplazan las partes, obras y acciones del proyecto. Según la letra e) de la misma disposición, por su parte, se requerirá presentar una línea de base que describa detalladamente el área de influencia del proyecto para poder evaluar sus IA, siendo particularmente relevante considerar, según la letra e.11), los proyectos que cuenten con RCA vigente, aun cuando no se encuentren operando. Por último, conforme a las letras f) y g) del mencionado artículo 18, adicionalmente se establece una predicción y evaluación del IA del proyecto, así como la descripción pormenorizada de aquello que se determina son IAS y los antecedentes que justifiquen aquello que se determina son IANS.

Por su parte, respecto de las consultas de pertinencia de ingreso al SEIA, el instructivo que las regula establece que el solicitante debe presentar una descripción del proyecto, indicando las principales obras y acciones para las etapas de construcción,

operación y cierre, si corresponde. Además, debe indicar las características generales del proyecto y sus cualidades específicas, en relación con las posibles causales de ingreso obligatorio al SEIA. En caso de que el proyecto introduzca cambios a un proyecto existente con RCA, debe describir detalladamente el cambio pretendido y si este modifica sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los IA o las MMCR del proyecto original, o acreditar que no lo hace.

Como se puede apreciar, el SEA cuenta con información suficiente para pesquisar sobre un elemento objetivo del fraccionamiento, como lo es la división del proyecto global o la «unidad de proyecto». A ese efecto, los criterios usados por la SMA para detectar este elemento resultan plenamente aplicables.

La potestad de comprobación limitada del SEA

Uno de los argumentos recurrentes del SEA para objetar que debe ejercer un rol preventivo del fraccionamiento es que carece de potestades de fiscalización y sanción en la materia, las que están conferidas exclusivamente a la SMA. Como ya señalé, para abordar lo anterior se debe distinguir entre el fraccionamiento como infracción de uno de sus elementos objetivos, que es la división de un proyecto global en proyectos divididos o la existencia separada de proyectos relacionados.

Efectivamente, en el marco del SEIA mismo y de las consultas de pertinencia de ingreso al SEIA, el SEA no tiene potestades de fiscalización y sanción del fraccionamiento. Pero, de esto no sigue que carezca totalmente de potestades asociadas al otorgamiento de autorizaciones. Al efecto, entre los elementos esenciales del acto administrativo autorizatorio está el cumplimiento de los requisitos habilitantes para la obtención de la autorización y la verificación fundada del cumplimiento de las condiciones necesarias para otorgarla (Arancibia, 2020: 7).

En ese sentido, el SEA tiene potestades limitadas de comprobación de la información entregada por los proponentes de proyectos. Uso el adjetivo *limitada* porque el SEA carece de potestad para ordenar una visita de inspección, la citación a declarar a personas y el requerimiento de información, que son diferencias muy substanciales respecto de las potestades de la SMA. Pero esto no significa que carezca de otras modalidades para la comprobación y verificación de información.

Esto se revela del examen de las disposiciones del artículo 14 letras a) y c) de la Ley 19.300, que establecen que el RSEIA debe incluir la forma de consulta y coordinación de los organismos sectoriales con competencias ambientales y, más relevante aún, la definición de mecanismos de aclaración, rectificación y ampliación de los EIA y DIA, todo en relación con lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la citada ley. Además, el mismo RSEIA contiene estos y otros mecanismos de comprobación limitada, como son las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, del artículo 86 del RSEIA, de las que se debe levantar acta que puede servir de motivación

para la resolución de término anticipado del procedimiento autorizatorio por falta de información relevante y esencial o para la decisión final sobre la RCA.

En lo que respecta al procedimiento autorizatorio como tal, se debe tener presente que los artículos 36 y 48 del RSEIA permiten el término anticipado del procedimiento si el SEA determina que la DIA o el EIA carece de información relevante y esencial, teniendo a la vista lo informado por los organismos sectoriales. Además, los artículos 38 y 50 del RSEIA permiten la elaboración de un informe consolidado de solicitudes de aclaración, rectificación y ampliación (ICSARA), siempre que el SEA determine que la DIA o el EIA tiene información deficiente que puede ser subsanada por una adenda. Por su parte, los artículos 41 y 53 del RSEIA permiten la elaboración de un ICSARA complementario, siempre que el SEA determine que la adenda no subsana la información deficiente.

Esto deja de manifiesto que, en este procedimiento autorizatorio, el SEA cuenta con potestades limitadas para la verificación y comprobación de la información allegada al expediente administrativo. Desde luego, el SEA no debe investigar si se configuran todos los elementos de la infracción de fraccionamiento, sino comprobar que el proyecto evaluado o consultado está correctamente descrito en relación con otros proyectos respecto de los cuales pueda estar dividido o pueda guardar alguna relación funcional. No obstante, el principal punto ciego del SEA sigue siendo los proyectos en elusión total al SEIA, ya que difícilmente habrán consultado su pertinencia de ingreso a medida que se amplían y superan los umbrales de ingreso al SEIA. Para estos proyectos, solo queda el control reactivo de la SMA. Por último, respecto del estándar de prueba aplicable dentro del SEIA, me remitiré a los mismos argumentos entregados previamente para defender la «probabilidad preponderante» en el caso del fraccionamiento como infracción.

Los cursos de acción del SEA

En caso de que el SEA detecte la unidad de proyectos divididos o la división de un proyecto global, no podrá determinar que se ha cometido la infracción de fraccionamiento, porque eso corresponde exclusivamente a la SMA. Pero se estará frente a un proyecto en evaluación que no ha descrito correctamente todas sus partes, acciones y obras físicas, sus etapas o una combinación de estas. Como indiqué al principio, esta situación hace imposible predecir y evaluar correctamente su impacto ambiental, lo que justificará el término anticipado del procedimiento autorizatorio o el rechazo de la RCA. Un tanto parecido ocurrirá en la consulta de pertinencia, pues deberá omitirse pronunciamiento y remitir los antecedentes a la SMA para que investigue y determine si debe iniciar un procedimiento sancionatorio o requerir el ingreso al SEIA o ambas (Precht y Precht, 2016: 149).

Entonces es posible delinear los contornos entre la infracción de fraccionamiento, por una parte, y la falta de información relevante y esencial a efectos del término anticipado de la evaluación ambiental y de la calificación ambiental misma, por otra. Al respecto, se afirma que estos contornos aparecen difusos porque en ambos casos falta información para evaluar correctamente un proyecto, aunque se critica que la SMA deba intervenir en la determinación de la infracción de fraccionamiento en el marco del SEIA (Méndez, 2016: 148, 149 y 152).

Esta crítica es comprensible si se considera que solo existe la infracción de fraccionamiento, pues esto trae serios desafíos en la interacción entre el SEA y la SMA. Entre estos desafíos se encuentra que, si en el marco del SEIA el SEA detecta que se podría configurar este elemento objetivo, entonces deberá remitir los antecedentes a la SMA para que esta determine la infracción de fraccionamiento y también deberá suspender el procedimiento de evaluación ambiental. A este fin, debe invocar el artículo 9 inciso final de la Ley 19.880, pues se trataría de una cuestión incidental del citado procedimiento que justifica suspender su tramitación. En ese sentido, la Corte Suprema resolvió recientemente que al SEA, en caso de detectar indicios de la infracción de fraccionamiento, «le corresponde suspender la evaluación y remitir los antecedentes a la SMA para que sea esta quien en definitiva determine la concurrencia de la conducta y la sancione» (rol 5721-2023).

Más complejo resulta determinar lo que el SEA le solicita a la SMA cuando le comunica su hallazgo. No se trata acá de requerir un informe basado en el artículo 37 de la Ley 19.880, porque la SMA determina si se configura o no la infracción de fraccionamiento. Pero, para configurar dicha infracción, la SMA debe solicitar un informe previo al SEA, según dispone el artículo 11 bis de la Ley 19.300, lo que implica una doble intervención de este último organismo. Tampoco se podría considerar que la comunicación a la SMA es una denuncia sectorial del artículo 47 de la LOSMA, pues esta debe ser hecha por organismos con competencia en fiscalización ambiental, dentro de los cuales no está el SEA.³²

Por su parte, una vez examinados los antecedentes, la SMA podría concluir que no pudo acreditar la intencionalidad y tener por descartada la infracción de fraccionamiento. Entonces, comunicará lo anterior al SEA, quien deberá reanudar el procedimiento administrativo y muy seguramente rechazar un proyecto que no ha descrito correctamente todas sus partes, acciones y obras físicas o sus etapas. De esa forma, la suspensión del procedimiento de evaluación ambiental mientras la SMA determina si existe o no la infracción de fraccionamiento parece carecer de efecto útil.

32. Además, indica que la denuncia debe ser hecha conforme lo dispuesto en la LOSMA, contener especialmente la descripción de las inspecciones, mediciones y análisis efectuados y sugerir las medidas provisionales que sean pertinentes decretar.

Por todo lo anterior, considero que se debe desterrar el término «fraccionamiento» en el marco del SEIA (incluso en el de las consultas de pertinencia), porque trae a la discusión la infracción tipificada en el artículo 11 bis de la Ley 19.300 y las potestades de la SMA, lo que causa confusiones. En ese sentido, la expresión «fraccionamiento» se debe confinar a la infracción; mientras que la expresión «descripción incompleta del proyecto» se debe usar en el SEIA. Con esta distinción, varias de las sentencias sobre fraccionamiento en el marco del SEIA podrían ser comprendidas de mejor manera, como mostraré enseguida.

Jurisprudencia sobre el fraccionamiento en el SEIA

La jurisprudencia sobre el fraccionamiento en el SEIA es limitada, lo que no obsta que pueda dar cuenta de las confusiones terminológicas que he intentado mostrar en este trabajo.

Al efecto, el Primer Tribunal Ambiental ha resuelto las causas R-37-2020³³ y R-39-2020,³⁴ ambas con un enfoque similar. En estas, se sostuvo que en esta materia se debe considerar el artículo 11 bis de la Ley 19.300 y el artículo 3 letra k) de la LOSMA, de cuya interpretación se concluiría que, si bien la SMA tiene la atribución privativa de fiscalizar y sancionar el fraccionamiento, ello no obsta a que el SEA actúe para «descartar el fraccionamiento de proyectos» (considerando 83.º, R-37-2020; considerando centésimo, R-39-2020). Asimismo, se señala que se debe distinguir «la facultad de fiscalización y sanción de un proyecto fraccionado» por la SMA «de aquella facultad preventiva» del SEA «de analizar este supuesto *ex ante* a objeto de corregir el proceso», lo que asocia «con la ausencia de información relevante y la completa evaluación de impactos» (considerando 84.º, R-37-2020; considerando 101.º, R-39-2020). No obstante, pese a afirmar que el SEA debe controlar el fraccionamiento en el SEIA, en la causa R-37-2020 resolvió que la infracción estaba siendo conocida por la SMA (considerando 87.º), mientras que en la causa R-38-2020 resolvió rechazar la alegación porque el reclamante no presentó elementos sustantivos para acreditarlo (considerando 102.º).

Como se puede apreciar, este tribunal consideró que el SEA tiene un rol preventivo de la infracción de fraccionamiento, pero no elaboró mucho más sobre las potestades que dicho organismo tendría en esa materia ni cómo este detectaría una infrac-

33. El fraccionamiento alegado consistiría en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, consistente en el acopio y embarque de concentrado de cobre en Muelle Punta Caleta, no consideraba el transporte del concentrado hasta el galpón de almacenamiento ni su transporte por vía marítima.

34. El fraccionamiento alegado radicaba en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, que contemplaba ciertas adecuaciones a la operación de la mina Cerro Colorado que modificaban el proyecto de continuidad operacional de esa mina, con RCA por EIA, sería parte de un mismo proyecto con este.

ción que exige expresamente intencionalidad. De haber introducido la distinción acá propuesta, ambos fallos podrían comprenderse mejor.

Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental ha resuelto las causas R-90-2016,³⁵ R-164-2017,³⁶ R-217-2019³⁷ y R-244-2020.³⁸ En todas estas sentencias dicho tribunal sostuvo que, de acuerdo con el artículo 11 bis de la Ley 19.300, solo la SMA es competente para determinar la existencia de fraccionamiento (considerando 46.º, R-90-2016; considerandos 167.º a 169.º, R-164-2017; considerandos 48.º y 49.º R-217-2019; considerandos 205.º y 206.º, R-244-2020). En la sentencia R-164-2017, dicho tribunal también determinó que no se dividieron los proyectos (considerandos 170.º a 173.º), mientras que en la sentencia R-217-2019 hizo presente la excepción del desarrollo por etapas de proyectos, conforme el artículo 14 del RSEIA (considerando quincuagésimo), la que estimó acreditada en el SEIA (considerandos 52.º a 61.º).

Sin embargo, en la sentencia R-244-2020, este tribunal introdujo un matiz, pues indicó que, aunque la SMA es el organismo competente para determinar la existencia de una infracción al artículo 11 bis de la Ley 19.300, «esta disposición [...] es un elemento por considerar dentro de la evaluación ambiental», por lo que «si de los antecedentes acompañados durante la evaluación se constata que hay indicios de división de proyectos y que eventualmente ellos pueden llegar a constituir fraccionamiento —cuestión que determina la SMA— se puede relevar de algún modo en dicho contexto» (considerando 206.º). Sin embargo, no se ahondó de qué forma procedería el SEA en ese caso.

Por último, el Tercer Tribunal Ambiental ha resuelto las causas R-78-2018,³⁹

35. El fraccionamiento radicaba en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, consistente en transformar una bodega agroindustrial a una bodega de cal viva, formaría un solo proyecto con un proyecto de transporte de cal viva, con RCA por DIA, del mismo titular.

36. El fraccionamiento radicaba en que el proyecto impugnado, con RCA por EIA, sobre la construcción y operación de un centro integral de gestión de residuos industriales, no consideraría el transporte de dichos residuos hasta el establecimiento ni las emisiones atmosféricas asociadas.

37. El fraccionamiento radicaba en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, que abordaba la primera etapa de la construcción del Mall Vivo Santiago para demoler edificios existentes, excavar y socialzar la futura edificación, formaría un solo proyecto con la segunda etapa de este, que contemplaría la edificación como tal.

38. El fraccionamiento radicaba en que el proyecto impugnado, con RCA por EIA, consistente en la construcción y operación de un nuevo terminal de contenedores en el puerto de Valparaíso, formaría parte de un solo proyecto con el proyecto de mejoramiento de accesibilidad al puerto de Valparaíso, con RCA por EIA, del mismo titular.

39. El fraccionamiento alegado consistiría en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, consistente en la modificación de una minicentral hidroeléctrica para aumentar su capacidad de generación de 2,1 MW a 4,2 MW, formaría parte un solo proyecto que siempre consideró dicha capacidad, pero se dividió y construyó amparado una consulta de pertinencia.

R-1-2020,⁴⁰ R-5-2021,⁴¹ R-16-2021,⁴² R-6-2022,⁴³ R-24-2022,⁴⁴ y R-25-2022.⁴⁵ En la sentencia R-78-2018 se abordó por primera vez este asunto, donde se consideró que, si bien la SMA tiene potestades en materia de fraccionamiento, de esto no se deriva la inacción del SEA «para verificar si un proyecto se encuentra fraccionado» en el SEIA (considerando decimosexto), y que «existe un control preventivo de la obligación de no fraccionar los proyectos que corresponde exclusivamente al SEA, y que opera cuando la finalidad u objetivo del fraccionamiento aún no se produce» (considerando decimoséptimo). Se sostuvo también que el SEA «debe verificar si el proyecto o actividad cumple con la normativa ambiental aplicable, dentro de la cual se encuentra la obligación de todo proponente de no fraccionarlos», así como «debe determinar si los impactos se ajustan a las normas vigentes [...] cuestión que difícilmente podrá realizar si se evalúa un proyecto fraccionado» (considerando vigésimo). Además se afirmó que el SEA debe efectuar un análisis riguroso de todos los antecedentes del proyecto, incluyendo «sus partes, obras físicas y acciones, en todas sus etapas, con el objeto de evitar que se consume una hipótesis de fraccionamiento», lo que:

Puede resultar en el término anticipado del procedimiento por falta de información relevante o esencial cuando se detecte que una parte, obra física o acción necesaria para el proyecto ha sido separada [...] o bien, que se rechace autorizar el proyecto por no cumplir con la normativa ambiental aplicable (considerando vigesimotercero).

No obstante, al analizar la aplicación en el caso concreto, el tribunal vuelve sobre el artículo 11 bis de la Ley 19.300 y la intencionalidad o el propósito buscado con el

40. El fraccionamiento alegado consistiría en que el proyecto impugnado, con RCA por EIA, que contemplaba la construcción del terminal marítimo GNL Talcahuano, omitió las obras de conexión de dicha instalación con la red de distribución de gas, todo lo que formaría un solo proyecto.

41. El fraccionamiento alegado consistiría en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, sobre la construcción del condominio Alta Vista Pucón II, formaría un solo proyecto con el proyecto condominio Alta Vista Pucón I, del mismo titular, que se construyó amparado en una consulta de pertinencia.

42. El fraccionamiento alegado consistiría en que los proyectos impugnados, con RCA por DIA, que abordaban la construcción y operación de dos CES, considerados con otros proyectos similares con RCA por DIA del mismo titular, formarían un solo proyecto que debió ingresar por EIA.

43. El fraccionamiento alegado consistiría en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, consistente en la construcción y operación de un CES, considerado con otros proyectos similares con RCA por DIA del mismo titular, formarían un solo proyecto que debió ingresar por EIA.

44. El fraccionamiento alegado consistiría en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, que contemplaba la construcción y operación de un CES, considerado con el proyecto CES Estero Pérez de Arce, con RCA por DIA del mismo titular, formarían un solo proyecto que debió ingresar por EIA.

45. El fraccionamiento alegado consistiría en que el proyecto impugnado, con RCA por DIA, consistente en la construcción y operación de un CES, considerado con el proyecto CES Ensenada Colo-Colo, con RCA por DIA del mismo titular, formarían un solo proyecto que debió ingresar por EIA.

fraccionamiento, afirmando que respecto del proyecto «existe una unidad funcional entre todas las partes, obras o acciones, las que están destinadas a cumplir un mismo propósito económico o productivo, pero el titular decide dividirlo para evitar o modificar el instrumento de la evaluación» y que «cuya división fue realizada para evitar o cambiar el instrumento de evaluación» (considerandos vigesimooctavo y vigesimonoveno).

Un razonamiento similar es seguido en la sentencia R-1-2020, volviendo sobre la distinción entre control preventivo y represivo, así como sobre la intencionalidad o el propósito buscado con el fraccionamiento (considerandos 92.º a 95.º). Esta línea de argumentación se repite en la sentencia R-5-2021, donde se reitera la finalidad o el objeto del fraccionamiento, así como la intencionalidad (considerando 44.º). En esta sentencia también se indicó que «es necesario identificar criterios que permitan inferir que el proyecto se encuentra fraccionado, pudiendo estos concurrir de forma conjunta o separadamente», ante lo que se estima que lo «importante es determinar la fuerza que pueda tener cada criterio para confirmar la hipótesis de fraccionamiento», como la declaración efectuada en la DIA sobre los edificios, que estos tengan mismo nombre y titularidad, que posean obras de finalidad común, que sean adyacentes o se tramitaron de forma conjunta en ciertos aspectos, y la posible sinergia entre ambos (considerando 46.º). Posteriormente, la sentencia R-16-2021 mantuvo íntegramente la justificación del control preventivo del SEA respecto del fraccionamiento, volviendo sobre el artículo 11 bis de la Ley 19.300, el control represivo de la SMA y la finalidad del SEIA (considerando 74.º a 85.º). Esta sentencia incluyó criterios generales para inferir que existe fraccionamiento a partir de los usados por la SMA en su control represivo —los que no son exhaustivos (considerando 88.º)—, como las características físicas o territoriales de las instalaciones, la vinculación de sus estructuras o insumos, su dependencia, la tramitación administrativa, los antecedentes formales que dan cuenta de su singularidad en número o calidad, o la sinergia de los impactos ambientales adversos que la suma de sus partes genera (considerando 89.º). Estos razonamientos y criterios fueron usados nuevamente en las sentencias R-6-2022, R-24-2022 y R-25-2022.

En todas estas sentencias se acude directamente al artículo 11 bis de la Ley 19.300 como normativa ambiental aplicable, bajo la premisa de que allí se contiene una prohibición de fraccionamiento, que se considera una infracción. Sin embargo, cuando se analiza en el caso concreto, las sentencias se limitan a configurar el elemento objetivo de división del proyecto global. Pero resulta llamativo que, haciendo referencia directa a la prohibición de fraccionamiento, nunca se indague sobre el elemento subjetivo, algo que es necesario para ser consecuente con la afirmación de que el SEA debe impedir la consumación de la infracción.

Estas inconsistencias y referencias parcialmente truncadas se pueden eliminar si se adopta la propuesta acá presentada, máxime cuando dichas sentencias hacen re-

ferencia al artículo 18 letras c.4) a c.7) y al artículo 19 letras a.4) a a.7) del RSEIA. Por esto, es el momento de concentrarse por completo en la correcta descripción del proyecto y la determinación del área de influencia, dejando de lado cualquier referencia al artículo 11 bis de la Ley 19.300. Se trata, simplemente, de que la evaluación ambiental de un proyecto sea íntegra, a partir de la completa descripción de las partes, acciones y obras físicas que lo componen, en las fases de construcción, operación y cierre de este, así como la evaluación de impactos acumulativos y sinérgicos.

Conclusiones

En este trabajo he respondido a varias cuestiones que considero son las más importantes sobre el fraccionamiento. En lo que respecta a los elementos del fraccionamiento, estos son: i) división de un proyecto global en dos o más proyectos divididos; ii) intención manipulativa del SEIA en dicha división, y iii) resultado de desarrollar el proyecto global sin RCA —elusión total— o con una RCA defectuosa —elusión parcial o variación de vía de ingreso—. El primero y el último son elementos objetivos, mientras que el segundo es subjetivo o volitivo. Si se acreditan estos tres elementos, se tendrá por configurada la infracción de fraccionamiento, aunque en el caso que resulte en elusión del SEIA, la SMA puede esquivar el elemento subjetivo.

Por su parte, en lo que respecta al estándar de prueba que la SMA necesita para tener por acreditada la infracción de fraccionamiento, este es el de «probabilidad preponderante», que viene necesariamente implícito en las reglas de valoración de la prueba de acuerdo con la sana crítica. Por la misma razón, este es el estándar aplicable en el marco del SEIA, donde la carga de la prueba está situada en el proponente. No obstante, los requisitos metodológicos que se exige a la prueba en un contexto muy técnico, como es el SEIA, permiten que en el momento de su valoración se corrobore o desmienta con cierta certeza su fuerza probatoria, a través de la comprobación de la corrección metodológica.

Por último, en lo que respecta a las funciones del SEA en relación con el fraccionamiento, que ha sido objeto de discusión frente a las potestades de la SMA, queda claro que aquel organismo tiene potestad para controlar la división del proyecto, que coincide con uno de los elementos objetivos de la infracción de fraccionamiento. Esto lo puede hacer sin invadir potestad alguna de la SMA, ya que en el ámbito del SEIA no debe existir referencia al fraccionamiento, sino a la correcta descripción de las partes, obras y acciones del proyecto y sus fases de construcción, operación y cierre, así como a la correcta determinación de su área de influencia, con la finalidad de una correcta evaluación de los impactos acumulativos y sinérgicos.

De esa forma, habida cuenta que el término fraccionamiento fue introducido para referirse a una infracción, he identificado que utilizarlo en el marco del SEIA ha traído varios problemas terminológicos que han afectado la acción eficaz y preventiva

del SEA. Todos estos problemas pueden ser plenamente evitados confinando el fraccionamiento a las infracciones administrativas cuyo manejo corresponde a la SMA; y reservando al SEIA el concepto de correcta y completa descripción de las partes, acciones y obras físicas que componen un proyecto, en las fases de construcción, operación y cierre de este, así como de su área de influencia. Al efecto, si bien el SEA tiene una potestad de comprobación limitada, esta es suficiente para cumplir los fines relacionados con la correcta evaluación de los proyectos.

Referencias

- ACCATINO, Daniela (2011). «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal». *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), 37: 483-511. DOI: [10.4067/S0718-68512011000200012](https://doi.org/10.4067/S0718-68512011000200012).
- AGUIRREZABAL, Maite y Juan Flores (2021). «La prueba como elemento esencial del debido procedimiento administrativo». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 33: 5-32.
- ARANCIBIA, Jaime (2020). «Las autorizaciones administrativas: Bases conceptuales y jurídicas». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 32: 5-36. DOI: [10.7764/redae.32.1](https://doi.org/10.7764/redae.32.1).
- ARÓSTICA, Iván (2012). «El motivo de hecho en las sanciones administrativas: Notas sobre procedimiento, fundamento y justificación». En Contraloría General de la República, *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)* (pp. 233-249). Santiago: Contraloría General de la República.
- ASTORGA, Eduardo (2014). *Derecho ambiental chileno: Parte general*. Santiago: Lexisnexis.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- CARRASCO, Edesio (2014). «Notas respecto al fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental». En Sergio Montenegro, Jorge Aranda, Ximena Insunza, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte (editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 479-497). Santiago: Legal Publishing.
- CARRASCO, Nicolás, Claudio Jiménez y Adolfo Weber (2022). «Eficiencia y estándar de prueba en el procedimiento administrativo sancionador». *Revista Facultad de Derecho (Montevideo)*, 54: 1-39. Disponible en <https://tipg.link/SMAC>.
- CASAS, Patricio (2019). «Consideraciones para la determinación de un estándar probatorio en el marco de la aplicación de sanciones tributarias». *Revista de Derecho Tributario* (Universidad de Concepción), 5: 11-40. Disponible en <https://tipg.link/SMAJ>.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012). «Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador». En Jaime Arancibia y Pablo Alarcón

- (coordinadores), *Sanciones administrativas: X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (pp. 190-215). Santiago: Legal Publishing.
- . (2014). *Derecho administrativo sancionador: Bases y principios en el derecho chileno*. Santiago: Legal Publishing.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Legal Publishing.
- DE LA FUENTE, Osvaldo (2012). *Control judicial de la resolución de calificación ambiental*. Santiago: Legal Publishing.
- DOUGNAC, Clemente (2016). «Procedimiento administrativo sancionatorio ante la SVS y debido proceso». *Derecho Público Iberoamericano*, 8: 143-186. Disponible en <https://tipg.link/SMAN>.
- ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, Álvaro (2016). «Project splitting in environmental impact assessment». *Impact Assessment and Project Appraisal*, 34 (2): 152-159.
- FERNÁNDEZ, Pedro (2013). *Manual de derecho ambiental chileno*. Santiago: Jurídica.
- FERRER, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2021). *Prueba sin convicción*. Madrid: Marcial Pons.
- GAMA, Raymundo (2013). «Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental». *Revista de Estudios de la Justicia*, 19: 65-89.
- GASCÓN, Marina (2010). *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GUZMÁN, Rodrigo (2012). *Derecho ambiental chileno: Principios, instituciones, instrumentos de gestión*. Santiago: Planeta Sostenible.
- HAACK, Susan (2014). *Evidence matters: Science, proof and truth in Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- HUNTER, Iván (2023). *Derecho ambiental chileno. Tomo I: Principios, bases constitucionales, instrumentos de gestión ambiental, organización administrativa y Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Santiago: Der.
- ISENSEE, Carlos (2016). «Debido proceso y su recepción en la Ley 9.880: Valoración y estándar de prueba en sede administrativa». *Revista de Derecho Público*, 84: 85-97. DOI: [10.5354/0719-5249.2016.43061](https://doi.org/10.5354/0719-5249.2016.43061).
- JUPPET, María (2016). «Colusión: Un análisis jurisprudencial. Medios de prueba y aplicación de multas». *Revista Actualidad Jurídica*, 34: 305-327. Disponible en <https://tipg.link/SMAB>.
- LEIVA, Felipe (2013). «A propósito de Hidroaysén: Notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental». *Revista Actualidad Jurídica*, 27: 279-298. Disponible en <https://tipg.link/SMB0>.
- LETÉLIER, Raúl (2018). «El precio del *statu quo*: Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 31 (1): 209-229. Disponible en <https://tipg.link/SMB3>.

- MEDINA, Luis (2016). «Los hechos en el derecho administrativo: Una aproximación». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177: 103-158. Disponible en <https://tipg.link/SMBD>.
- MÉNDEZ, Pablo (2016). «Algunas precisiones sobre el término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental». *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, 29(1): 141-159.
- MMA, Ministerio del Medio Ambiente (2017). *Informe final: Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA*. Santiago: Ministerio de Medio Ambiente. Disponible en <https://tipg.link/SNCU>.
- ORELLANA, Bárbara (2015). «Elementos para un estándar de la prueba en el procedimiento administrativo». *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, 6: 56-83.
- OSORIO MORALES, Hugo (2019). «Carga de la prueba y estándar probatorio en los procedimientos sancionatorios tributarios». *Revista de Estudios Tributarios*, 21: 185-207. Disponible en <https://tipg.link/SMBL>.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador*. Santiago: Thomson Reuters.
- PÉREZ, Gonzalo (2017). «Análisis jurisprudencial del fraccionamiento de proyectos: Central Castilla y Línea 3 del Metro». *Revista Justicia Ambiental*, 9: 251-273. Disponible en <https://tipg.link/SMBW>.
- PINO, Fernando (2019). «Facilitación probatoria en el procedimiento de tutela laboral». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 10 (20): 79-118. DOI: [10.5354/0719-7551.2019.53395](https://doi.org/10.5354/0719-7551.2019.53395).
- PRECHT, Jorge y Alejandra Precht (2016). «¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA?». *Revista Justicia Ambiental*, 8: 139-162. Disponible en <https://tipg.link/SMBh>.
- RODRÍGUEZ, José (2016). *Metodología del derecho administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons
- SANTIBÁÑEZ, José (2020). «Colusión, contrariedades de su tipificación con relación al estándar de prueba y los fines del derecho de la competencia». *Opinión Jurídica*, 19 (39): 251-288. DOI: [10.22395/ojum.v19n39a11](https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a11).
- SCHAUER, Frederick (2022). *The proof: Uses of evidence in law, politics, and everything else*. Cambridge: Harvard University Press.
- TARUFFO, Michele (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Sobre el autor

JOSÉ A. HERNÁNDEZ RIERA es magíster en Derecho por la Universidad de Chile y profesor asistente en la Universidad San Sebastián, Chile. Su correo electrónico es jhernandezr@docente.uss.cl.  <https://orcid.org/0009-0004-9182-4589>.