

ISSN:2735-637X



Boletín de Sentencias
PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

Sentencias 2021
Vol. 3 N° 1, Año 2022





BOLETÍN DE SENTENCIAS
PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

VOL 3, N° 1, AÑO 2022
ANTOFAGASTA, FEBRERO DE 2022

El presente Boletín de Sentencias es una herramienta de difusión del trabajo del Primer Tribunal Ambiental y no corresponde a la versión oficial de nuestros fallos. Las sentencias originales pueden ser descargadas desde el Sistema de Gestión de Causas, accediendo al siguiente enlace: causas.lta.cl.

Las síntesis adjuntas a cada una de las sentencias fueron elaboradas por la Unidad de Estudios de nuestro Tribunal, y no representan necesariamente la opinión de los Ministros que intervinieron en la dictación de los fallos.

ANTOFAGASTA, CHILE. ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL



Medioambiente. Boletín de Sentencias - Primer Tribunal Ambiental
1^{RA} Edición. - Antofagasta; febrero de 2022

Diseño de Portada, Diagramación e Impresión por Agencia Ditec-sur



ISSN: 2735-637X

Impreso en Valdivia, Chile. Printed in Chile

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.



Sumario

Prólogo	5
Causa R-40-2020	
“Gavina Hotel Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente”	
A. SÍNTESIS	7
B. SENTENCIA	9
Causa R-37-2020	
“ONG Atacama Limpia con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	23
B. SENTENCIA	27
Causa R-1-2017	
“Andes Iron SpA. con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	51
B. SENTENCIA	55
Causa R-38-2020	
“Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	99
B. SENTENCIA	103
Causa R-39-2020	
“Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	125
B. SENTENCIA	129
Causa R-41-2021	
“Asociación de Productores y Exportadores Agrícolas del Valle de Copiapó y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”	
A. SÍNTESIS	157
B. SENTENCIA	161
Causa R-42-2021	
“Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente”	
A. SÍNTESIS	179
B. SENTENCIA	183
Causa R-45-2021	
“Ilustre Municipalidad de Andacollo con Superintendencia del Medio Ambiente”	
A. SÍNTESIS	213
B. SENTENCIA	217
Causa R-43-2021	
“Jacobó Abraham Ventura Svigilsky y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”	
A. SÍNTESIS	229
B. SENTENCIA	231

Causa R-44-2021

“Manuel Cortés Alfaro con Servicio de Evaluación Ambiental”

A. SÍNTESIS	241
B. SENTENCIA	245
Cuadro Descriptivo	265

Prólogo

En esta oportunidad, se presentan las diez sentencias dictadas por el Primer Tribunal Ambiental el año **2021**, todas asociadas a procedimientos de reclamación de actos de la administración del Estado. En particular, seis de estas sentencias corresponden a impugnaciones de actos de la Superintendencia del Medio Ambiente, y el resto están vinculadas procesos de evaluación ambiental de proyectos y actividades.

Esta nueva edición incorpora algunas herramientas para facilitar al lector el análisis y estudio de las sentencias, como la inclusión de un mapa que muestra la ubicación referencial del asunto controvertido, y la incorporación de un cuadro resumen con la individualización de todas las sentencias objeto del boletín, con palabras claves, tipo de competencia, entre otros datos. Además, todas las síntesis incluyen un apartado con la indicación del estado de la sentencia, especificando si se encuentran con recursos procesales interpuestos, o firmes y ejecutoriadas.

Resulta pertinente señalar que el fruto de la labor jurisdiccional contenida en este texto es el reflejo de un trabajo permanente y dedicado que todas y todos los integrantes del Tribunal han desarrollado a pesar de las dificultades y desafíos que el Covid-19 ha traído.

Finalmente, es nuestro anhelo que esta publicación contribuya desde una mirada clara y sencilla al entendimiento de cómo se resuelven algunos de los conflictos ambientales en nuestro país.

Ilustre Primer Tribunal Ambiental
Antofagasta, Chile.

Causa R-40-2020

“Gavina Hotel Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Gavina Hotel Limitada.
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)

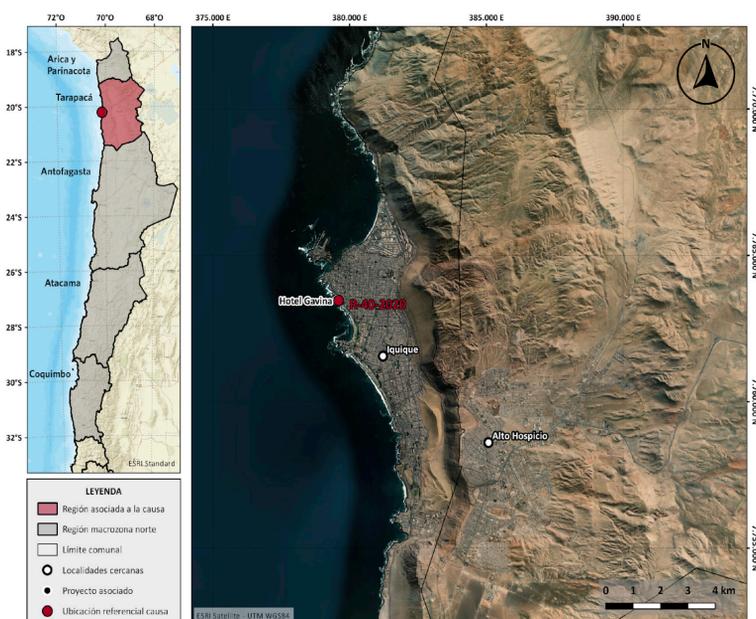
2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Un hotel ubicado en la ciudad de Iquique solicitó al Tribunal dejar sin efecto una multa impuesta por la SMA, por infringir la norma de emisión de ruido, y en subsidio, disponer la rebaja de la misma. El reclamante señaló que la entidad fiscalizadora no se ajustó a la normativa aplicable al levantar el acta de inspección ambiental, lo que traía consigo que la resolución sancionatoria se encontrara viciada. Además, sostuvo una serie de vicios procedimentales que afectarían la legalidad de la sanción impuesta, por infringirse el debido proceso en sede administrativa.

Por su parte, la SMA afirmó que los antecedentes del procedimiento sancionatorio permitieron tener por probado el hecho que fundó la formulación de cargos y consecuencialmente, la sanción. Agregó, en otras defensas, que se dio cumplimiento a toda la normativa que regula el reporte técnico en materia de norma de emisión de ruido.

En la sentencia, el Tribunal rechazó la reclamación, sin costas.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Controversias

- i. Si existieron vicios en el levantamiento del acta de inspección ambiental.
- ii. Si hubo una falta de contextualización de los hechos constatados por el fiscalizador.
- iii. Si existieron otras irregularidades del procedimiento que viciaran la resolución sancionatoria.
- iv. Si hubo una correcta aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley N° 20.417.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre el levantamiento del acta de fiscalización ambiental, se determinó que no existió reproche alguno que efectuar a la ficha de evaluación de niveles de ruido, al haberse determinado el ruido de fondo, las mediciones internas en tres puntos con la corrección por ventana cerrada, y realizado el contraste con el límite máximo de la norma para la zona involucrada, existiendo una excedencia de 23 dB (A).
- ii. Además, se agregó que no existieron antecedentes en el procedimiento administrativo ni en la reclamación que desvirtuaran el proceso de medición realizado, no observándose ilegalidad alguna en el actuar de la SMA.
- iii. Por otra parte, respecto a la falta de contextualización de los hechos constitutivos de la infracción, los sentenciadores estimaron que los elementos fundamentales y que dan contorno a los hechos, circunstancias, características generales y específicas sobre la medición del nivel de presión sonora, cumplían con los estándares y normativas imperantes, no siendo exigible la medición en la fuente, ni su registro en la bitácora del hotel.
- iv. En lo que se refiere a las eventuales ilegalidades del procedimiento administrativo, se estableció por el Tribunal, que:
 - Se dio cumplimiento a la resolución de la SMA sobre el contenido y formato de las fichas para el informe técnico del procedimiento general de determinación del nivel de presión sonora corregido.
 - La desactualización del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental fue reconocida y corregida por la SMA, no constituyendo un vicio esencial que torne en ilegal el acto reclamado. Además, dicha situación no afectó los derechos del regulado ni sus posibilidades de actuación, al haber sido notificado de la formulación de cargos antes de la pandemia, no siendo afectado por la falta de su publicación posterior.
- v. Finalmente, el Tribunal resolvió, en lo que concierne a la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley N° 20.417, que la ponderación de la sanción se encontraba dentro de las facultades discrecionales de la SMA, no apreciándose en el expediente sancionatorio arbitrariedad alguna que permitiera declarar como ilegal el acto impugnado.

6. Estado de la sentencia

En contra de la sentencia no se interpuso recurso alguno, encontrándose firme y ejecutoriada.

SENTENCIA

Antofagasta, doce de febrero de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. Consta que Gavina Hotel Limitada (“reclamante” o “Hotel Gavina”), RUT 96.664.060-K, representado por el abogado Sr. Patricio Canales Hertrampf, domiciliado para estos efectos en Avenida Arturo Prat N°1497, de la ciudad y comuna de Iquique, con fecha 10 de diciembre de 2020 interpuso reclamación judicial ante esta magistratura.

La reclamación judicial fue interpuesta, conforme al artículo 56 de la Ley N°20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”) y artículos 17 N°3, 18 N°3 y siguientes de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en contra de la Resolución Exenta N°992 de fecha 12 de junio de 2020, (“Res. Ex” o “resolución reclamada” o “resolución exenta”) dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (“reclamada” “Superintendencia” o “SMA”), RUT 61.979.950-K, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol D-156-2019 aplicando una sanción consistente en 84 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”).

En conclusión, la parte reclamante solicita en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, accogiéndolo en todas sus partes, declarando:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto.
- b) O en subsidio, disponer una rebaja de la multa impuesta.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado:

2. De los antecedentes administrativos consta que:

Con fecha 22 de agosto de 2018, se recibió por parte de la SMA una denuncia por ruidos molestos que emanarían del Hotel Gavina, efectuada por parte del Sr. Sergio Burg Urbina.

Con fecha 8 de noviembre de 2018 se deriva el Informe de Fiscalización el que contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 7 de septiembre de 2018 y sus respectivos anexos.

Posteriormente el 11 de octubre de 2018, se les informó al denunciante y al titular de los resultados de la fiscalización realizada.

Con fecha 11 de octubre de 2019 se nombra fiscal instructor para que investigue los hechos constatados en el respectivo informe.

Se formulan cargos en contra del titular con fecha 28 de octubre de 2019, siendo notificado personalmente el hotel de tal resolución.

De esta resolución el titular no presentó programa de cumplimiento ni tampoco presentó descargos en el procedimiento sancionatorio.

Con fecha 23 de marzo de 2020, en contexto de la contingencia sanitaria provocada por el COVID 19, la SMA según Res. Ex. N°518, estableció la suspensión de la tramitación de la totalidad de los procedimientos sancionatorios seguidos ante la Superintendencia hasta el 31 de marzo de 2020, suspendiendo asimismo plazos administrativos conferidos para el cumplimiento de medidas, requerimientos de información y cualquier otra actuación desarrollada en el marco de otros procedimientos administrativos derivados del ejercicio de las potestades reguladoras, fiscalizadoras, o sancionatorias propias de la Superintendencia. Tal suspensión se volvió a establecer entre los días 1 al 7 de abril de 2020, según Resolución Exenta N°548 de fecha 30 de marzo de 2020, y de igual forma, entre los días 8 y 30 de abril de 2020, ambas fechas inclusive, según Res. Ex. N°575 de fecha 7 de abril de 2020.

Posteriormente con fecha 12 de junio de 2020, se dictó la Resolución Reclamada N°992, mediante la cual la SMA resolvió estimar como configurada la infracción atribuida a la reclamante y sancionarla con una multa de 84 UTA.

A raíz de ello, el reclamante interpuso el reclamo de autos.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta que Gavina Hotel Ltda., RUT 96.664.060-K, representado por el abogado Sr. Patricio Canales Hertrampf, domiciliado para estos efectos en Avenida Arturo Prat N°1497, de la ciudad y comuna de Iquique, interpuso reclamación judicial ante esta magistratura con fecha 10 de diciembre de 2020.

La reclamación judicial fue interpuesta en contra de la Resolución Exenta N°992 de fecha 12 de junio de 2020, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, RUT 61.979.950-K, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol D-156-2019 aplicando una sanción consistente en 84 Unidades Tributarias Anuales.

En conclusión, la parte reclamante solicita en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, acogiéndolo en todas sus partes, declarando:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto,
- b) O en subsidio, disponer una rebaja de la multa impuesta.

Además, en el primer otrosí de su presentación, el reclamante acompañó los siguientes documentos:

1. Copia simple de documento titulado “Confirmación de Eventos”.
2. Copia simple de Órdenes de Compra del Departamento de Administración y Finanzas de la Corporación Municipal de Desarrollo Social Iquique, de fechas 04 y 06 de septiembre de 2018.
3. Copia simple de factura emitida por DID SONIDO Y COMPANIA SPA.
4. Reporte Técnico Decreto Supremo N°38/11 del Ministerio del Medio Ambiente.
5. Certificación notarial del estado del expediente electrónico del proceso administrativo sancionatorio en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, SNIFA, al tiempo de la preparación de esta reclamación (a 3 de diciembre de 2020), extendido por el Notario Público Sr. Néstor Juan Araya Blazina de la ciudad de Iquique
6. Copia simple de la página web de Correos de Chile.
7. Copia de Balance del año comercial 2019.
8. Copia de Pre balance del año comercial 2020.
9. Copia de finiquitos de extrabajadores del Hotel, extendidos durante el año 2020.
10. Mandato judicial al Sr. Patricio Canales Hertrampf.
11. Mandato Especial al Sr. Alejandro Vilches Flores.
12. Copia de inscripción de mandato especial.
13. Copia simple de escritura de Sociedad Gavina Limitada.

A fs. 226, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 228 y siguientes, la parte reclamada, es decir, la Superintendencia del Medio Ambiente, representado por el Superintendente del Medio Ambiente, Sr. Cristóbal de La Maza Guzmán, quien a la vez otorga patrocinio al

abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto, solicitó la ampliación del plazo para evacuar su informe, a lo que el Tribunal accedió por resolución de fs. 238.

A fs. 239 y siguientes, la Superintendencia del Medio Ambiente, evacúa informe solicitando el rechazo de la reclamación en todas sus partes, declarando que la Resolución Exenta N°992 de fecha 12 de junio de 2020 de la SMA es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

1. Copia digital del expediente administrativo objeto de autos ROL D-156-2020.
2. Certificado del ministro de fe de esa Superintendencia, que acredita la autenticidad de las copias.

A fs. 414, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido y por acompañados los documentos.

A fs. 415, la Relatora de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 416, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 21 de enero de 2021.

A fs. 418, el reclamante delega poder en el abogado Sr. Juan Pablo Leppe Guzmán y José Narváez Armazan. A fs. 422 se tuvo presente por el Tribunal.

A fs. 423, y 425 se anunciaron para alegar la parte reclamante y la reclamada respectivamente.

A fs. 427, consta que este Tribunal se constituyó el día 21 de enero de 2021 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-40-2020 caratulada “Gavina Hotel Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente”.

A fs. 428, se dejó constancia de los alegatos realizados por la parte reclamante, Sr. Juan Pablo Leppe Guzmán y la parte reclamada Sra. Katharina Buschmann Werkmeister.

A fs. 432, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal de Ambiental.

A fs. 433, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y defensa de la parte reclamada, así como las alegaciones que constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado como hechos controvertidos de la causa, los siguientes: I) Sobre la configuración de la infracción cometida por Hotel Gavina; y, II) Sobre la petición subsidiaria y la ponderación de los criterios del art. 40 de la LOSMA.

I. Sobre la configuración de la infracción cometida por Hotel Gavina.

A. Sobre la Resolución Sancionatoria.

Segundo. Sobre este punto la reclamante sostuvo que la resolución sancionatoria impugnada de acuerdo al artículo 56 de la LOSMA no se ajustaría a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar; y alega también que existieron una serie de irregularidades en el procedimiento de fiscalización del que fue objeto.

Tercero. Hotel Gavina señala que se constata en el Acta de Inspección Ambiental, que el acto administrativo que ahí se contiene resulta ilegal a su juicio por no adecuarse al régimen jurídico aplicable, principalmente al Decreto Supremo N°38 de fecha 11 de noviembre de 2011, del Ministerio de Medio Ambiente (“DS N°38”), viciando de ilegalidad el proceso sancionatorio completo en forma prospectiva hasta la resolución misma que se reclama. Lo anterior concluye, ya que para gozar de valor probatorio en el proceso administrativo el acta de inspección ambiental tendría que haber sido levantada con arreglo a lo que dispone la LOSMA y las disposiciones que correspondía aplicar, las cuales son en la especie, tanto aquellas contenidas en la Resolución N°1184/2015 de la SMA, que dicta e instruye normas de carácter general sobre la fiscalización ambiental (“Res. Ex. N°1184/2015”), como en la Guía de la SMA para el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental aprobada mediante Resolución Exenta N°251/2018, dictada con fecha 1 de marzo de 2018; Protocolo

Técnico para la Fiscalización del DS N°38 y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA, aprobado mediante la Resolución Exenta N°867/2016.

Cuarto. Se alega en particular que el acta sería ilegal por incumplir con las instrucciones generales, ya que los hechos no se encontrarían contextualizados, no se habrían consignado antecedentes referidos a circunstancias que alteren el desarrollo de la inspección, ni se habrían descrito los hechos constatados y/o actividades realizadas.

Quinto. Por su parte la SMA sostuvo sobre este punto, que los antecedentes del procedimiento sancionatorio permitieron tener por probado el hecho que funda la formulación de cargos, esto es, la obtención, con fecha 7 de septiembre de 2018, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos ("NPC") de 68 dB(A), medición efectuada en horario nocturno, en condición interna, con ventana cerrada, en un receptor sensible ubicado en Zona 2, lo que se acreditó por medio del Informe de Medición de Ruidos.

Sexto. Que, el acta de fiscalización estableció que ésta se realizó entre las 23:00 hrs. de la fecha antes indicada hasta las 00:45 hrs. del día 8 de septiembre del 2018. Además, la ficha de medición de ruido identifica como lugar de medición el domicilio del denunciante, explicitándose que se trata de una medición interna, con ventana cerrada.

Séptimo. De acuerdo con los antecedentes señalados precedentemente, tanto la ubicación de la fuente emisora, así como el receptor en el que se realizó la medición de ruidos, esto es en Avda. Arturo Prat N°430, departamento 1701, Iquique, se encontraban debidamente individualizadas y georreferenciadas de conformidad al procedimiento establecido en el Título V del Decreto Supremo N°38/2011, verificándose la excedencia de la norma de emisión contenida en dicho decreto, en 23 dB(A); configurándose el tipo infraccional establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, por lo que se tiene por configurada la infracción.

Octavo. Además, la reclamada concluyó que de acuerdo a lo establecido tanto en los arts. 8 y 51 de la LOSMA, la medición efectuada por la SMA goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, y además, por el hecho que esta no fue desvirtuada ni controvertida en el procedimiento sancionatorio, agregando que el titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental, tampoco en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-156-2019, y solo el 31 de octubre de 2018, el titular indicó que ejecutaría medidas correctivas que nunca fueron acreditadas en el procedimiento sancionatorio, ni aún en el marco del presente procedimiento de reclamación. Tampoco aportó antecedentes que permitieran controvertir los hechos constatados por la SMA, por el contrario, acompañó prueba que acreditaría que el día de la medición se llevó a cabo un evento en el salón del Hotel Gavina, confirmando así lo constatado por la Superintendencia.

B. Sobre la supuesta falta de contextualización de los hechos constatados por los fiscalizadores.

Noveno. La reclamante sostuvo que el acta de inspección ambiental fundante del cargo y de la sanción aplicada no gozaría de presunción de legalidad, por incumplir con las instrucciones generales de la SMA, esto dado que los hechos no se encontrarían contextualizados, no se consignaron antecedentes referidos a circunstancias que alteren el desarrollo de la inspección ni se describieron los hechos constatados y/o actividades realizadas.

Décimo. Agregó la reclamante que el acta e Informe Técnico (i) no permitirían saber en qué lugar se realizó la inspección de ruido; (ii) no permitirían entender cómo el fiscalizador atribuye el ruido medido a la actividad del Hotel en uno de sus salones ni cómo pudo determinar el horario en que habría comenzado la actividad en el Salón Gaviota; (iii) no permitirían entender el trayecto que siguió el fiscalizador de la SMA la noche del 7 de septiembre de 2018, en qué minuto visitó el Hotel y realizó su inspección ambiental, que se trataría "de la realización de dos actividades de fiscalización ambiental (inspección ambiental y medición) por un solo funcionario que no podía estar presente en dos lugares distintos a la vez"; (iv) respecto a la medición del ruido de fondo, alega que no se expresa en qué condiciones se llevó a cabo, ya que no se aludiría al sonido del oleaje del mar, al tráfico vehicular, ruidos que pudieran generar vecinos del mismo edificio del denunciante, eventuales actividades que se pudieran haber estado llevando a cabo en la plaza 21 de mayo ubicada al frente del hotel, ni a la existencia o inexistencia de otras instalaciones más próximas a aquél que el Hotel Gavina.

Undécimo. Que, de este modo, desconociéndose el orden, secuencia y la cronología de las acciones ejecutadas en el marco de la fiscalización, en la base del respectivo procedimiento administrativo sancionatorio existiría un acto que contraviene los principios constitucionales de juridicidad y de legalidad, pilares sobre los que descansa el derecho público y sus distintas ramas, cuya observancia por parte de los órganos públicos es fundamental

para contar en un caso concreto con las garantías de un debido proceso y de una investigación racional y justa, eliminando cualquier atisbo de parcialidad o discriminación arbitraria en el trato que dispensa el Estado.

Duodécimo. La Superintendencia por su parte señaló que el procedimiento de fiscalización se realizó conforme menciona el acta de fiscalización, de acuerdo al procedimiento que establece el DS N°38/2011 en los artículos 11 y siguientes.

Decimotercero. Respecto de la 1° sub alegación, se señala que conforme indica el artículo 16 de la citada norma de emisión, la medición se realizó en la propiedad donde se encontraba el receptor, es decir en el domicilio del denunciante, constando en el acta.

Decimocuarto. Respecto de la 2° sub alegación, indicó que el acta da cuenta que "siendo las 00:30 hrs. se constató que la fuente emisora denunciada comenzó a operar generando el ruido asociado a la denuncia" y que "el ruido generado por la fuente emisora está producido por música en vivo, animación, cantos", por lo que queda claro que el fiscalizador, en su calidad de ministro de fe, pudo constatar que el ruido provenía de la fuente. Estos hechos no fueron controvertidos en sede administrativa y el recurrente tampoco aportó antecedentes que permitieran desvirtuarlos, sino todo lo contrario, los antecedentes por él aportados confirman que se desarrolló una actividad en la fuente en esa fecha.

Decimoquinto. Respecto de la 3° sub alegación como consta en el acta de fiscalización y fichas de medición, la SMA señaló que llevó a cabo una única actividad de inspección que, en cumplimiento al procedimiento dispuesto en la Norma de Emisión de Ruidos, se llevó a cabo en el domicilio del receptor, ya que por la naturaleza de las actividades de medición de ruido estas se deben siempre realizar en la propiedad en la que se encuentra el receptor y no en la fuente. De esto se le entregó copia al titular como lo exige el art. 28 de la LOSMA, solo con el fin de dar cumplimiento al deber de información al fiscalizado.

Decimosexto. Respecto de la 4° sub alegación, la SMA precisa lo que se define por ruido de fondo de acuerdo al art. 6° N°22 del DS N°38 como aquel que está presente en el mismo lugar y momento de medición de la fuente que se desea evaluar, en ausencia de ésta. Éste corresponderá al valor obtenido bajo el procedimiento establecido en la respectiva norma; y por su parte, el art. 19 del mismo cuerpo legal establece el procedimiento que debe realizarse en caso que el ruido de fondo afecte significativamente las mediciones.

Decimoséptimo. A su vez se señala por la reclamada que el acta de fiscalización da cuenta que se realizó una medición de ruido de fondo. Consta además en la Ficha de medición de niveles de ruido, específicamente en el Registro de Ruido de Fondo, que se llevó a cabo una medición de presión sonora de ruido de fondo en el receptor, la que arrojó un resultado de 47 dB(A). Posteriormente, se determinó la diferencia aritmética entre 68 dB(A) y el límite normativo para la zona II de 45 dB(A); es decir, entre nivel de presión sonora obtenido de la emisión de la fuente emisora de ruido y el nivel de presión sonora del ruido en el DS N°38/2011, obteniéndose una diferencia de 23 dB(A), que es el valor de excedencia.

C. En cuanto a otras supuestas irregularidades del procedimiento.

Decimoctavo. La reclamante sostiene que (i) El Reporte Técnico sería un documento que no se encuentra previsto ni regulado en la LOSMA ni en ningún cuerpo normativo, que "aparecería" en el marco del proceso administrativo sancionatorio representando una novedad jurídica que debe ser substanciado con estricto apego a la ritualidad. En el proceso sancionatorio cobra una particular relevancia el Acta referida previamente, atendida la ausencia de un Informe de Fiscalización Ambiental en el mismo ya que el artículo 19 de la Res. Ex. N°1184 de la SMA dispuso el año 2015 que: "Sin perjuicio de lo anterior, atendida la naturaleza de las normas de emisión y las medidas de planes de prevención y/o descontaminación, el acta de inspección ambiental hará las veces de informe técnico de fiscalización ambiental en aquellos casos donde su contenido y anexos sean autosuficientes para dar cuenta sobre los resultados de la fiscalización".

Decimonoveno. De este modo, encontramos en el expediente que un acto administrativo nominado "Reporte Técnico", que hace las veces de Informe de Fiscalización Ambiental, cuenta entre sus anexos con el Acta ya mencionada. Reporte que, por cierto, da cuenta de la actividad de medición, y que junto al Acta -que supuestamente da cuenta de la actividad de inspección, pero que en la práctica ahonda en la medición también más que en otra cosa-, no presentan la necesaria complementariedad que cabría esperar de actos de constancia y registro de actividades de fiscalización estatal.

Vigésimo. Además, (ii) El SNIFA se encontraba desactualizado no obstante el mandato del legislador del artículo 32 de la LOSMA en el sentido contrario.

Vigésimo primero. Alega la reclamante que, (iii) Habrían recibido la resolución sancionatoria inesperadamente y de un día para otro, luego de perder contacto con la SMA durante meses, sin haber podido saber de la reapertura del proceso administrativo suspendido ni conocer el Dictamen recaído en el proceso administrativo.

Vigésimo segundo. Por su parte la Superintendencia del Medio Ambiente sostuvo respecto de la 1° sub alegación, que el Reporte Técnico se encuentra expresamente regulado en el procedimiento que establece la propia norma de emisión, específicamente en el literal d) del artículo 15 de DS N°38. Dando cumplimiento a este artículo la SMA dictó la Res. Ex. N°693, de 21 de agosto de 2015, que aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido. Considerando que el Reporte Técnico de la actividad de fiscalización de Hotel Gavina cumple con el contenido y formato de las fichas aprobadas en tal resolución, la alegación de la recurrente no tendría sustento y debe ser rechazada.

Vigésimo tercero. Respecto de la 2° sub alegación la SMA reconoce el error e indica que éste fue subsanado.

Vigésimo cuarto. Respecto de la 3° sub alegación, se señala que el reclamante no consideró los tiempos en que los procedimientos estuvieron suspendidos por la pandemia. Las resoluciones indicadas establecieron expresamente los plazos de duración de las suspensiones del procedimiento sancionatorio con motivo de la alerta sanitaria, concluyendo estas suspensiones el 30 de abril de 2020.

Vigésimo quinto. Que, este Tribunal una vez analizado y ponderado los elementos puestos a disposición en la presente reclamación de ilegalidad, y de lo expuesto por las partes en audiencia de alegatos, en el expediente tanto en la reclamación judicial como en el respectivo informe emanado por el órgano reclamado, así como el mérito de los antecedentes del procedimiento de fiscalización y sanción, tiene a bien desarrollar los siguientes puntos.

Vigésimo sexto. Sobre la normativa y directrices administrativas aplicables se tiene a la vista el DS N°38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente que “Establece Norma de Emisión de Ruidos generados por fuentes que indica, elaborada a partir de la revisión del Decreto N° 146, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”, en especial sus artículos 6°, 16°, 19°; además, la Res. Ex. N°1184 de la SMA del año 2015, la Guía de la SMA para el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental, la Resolución Exenta N°867/2016 que Aprueba Protocolo Técnico para la Fiscalización del DS N°38/2011 y exigencias asociadas al Control del Ruido en instrumentos de competencia de la SMA.

Vigésimo séptimo. Que, por su parte el DS N°38/2011, en su artículo 6°, señala que se entenderá por: **Fuente Emisora de Ruido:** toda actividad productiva, comercial, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura que generen emisiones de ruido hacia la comunidad. **Decibel A (dB(A)):** es la unidad adimensional usada para expresar el nivel de presión sonora, medido con el filtro de ponderación de frecuencias A. **Fuente receptora de Ruido:** toda persona que habite, resida o permanezca en un recinto, ya sea en un domicilio particular o en un lugar de trabajo, que esté o pueda estar expuesta al ruido generado por una fuente emisora de ruido externa.

Vigésimo octavo. Que, en doctrina, el profesor BERMUDEZ (2014)¹ ha señalado “[...] que al subsumir los hechos en la norma infraccional determinada, la Superintendencia tiene una labor doble, consistente en la constatación de los hechos infraccionales, y en la determinación de las circunstancias que permiten graduar el tipo de infracción. En esta labor no existe margen de discrecionalidad para la Administración del Estado, sino que deberá aplicar los conceptos jurídicos indeterminados que, sobre todo, se contienen en el artículo 36 de la Ley N° 20.417. Esta labor resultará capital, ya que al fijar uno de dichos conceptos, la actuación administrativa al momento de determinar la infracción administrativa ambiental podrá ser controlable por la vía de la errónea aplicación de los hechos”.

Vigésimo noveno. Que, este Tribunal en sentencia dictada en causa R-12-2018 ha señalado: “Cuadragésimo primero. Que, no habiendo antecedentes en el expediente sancionatorio ni en la reclamación que pongan en duda el instrumental de medición, ni el procedimiento de medición, este Tribunal no ve ilegalidad alguna en el actuar

¹ (BERMÚDEZ, Jorge: “Reglas para la determinación de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en ARANCIBIA, Jaime ALARCÓN, Pablo: Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo (ADA), Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 615).

de la Superintendencia”.

Trigésimo. Que, así las cosas, **sobre la Resolución Sancionatoria**, este Tribunal analizará la correcta configuración de la infracción de acuerdo con los antecedentes que posee, y de conformidad con el marco de la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Medio Ambiente, a fin de verificar si se ha vulnerado algún derecho del regulado o se hayan cometido vicios de ilegalidad en su actuar que hayan influido en lo sustancial de su acto, tornándolo ilegal.

Trigésimo primero. Que, de la revisión del proceso sancionatorio aplicado a Hotel Gavina y en particular del Reporte Técnico que contiene el Acta de Inspección Ambiental, consta que la fiscalización se hizo en el domicilio del denunciante afectado (receptor del ruido) debidamente identificado, y se informó al respecto a Hotel Gavina (fuente del ruido), ambos en Datum 84, Huso 19S., aplicando el Protocolo Técnico para la Fiscalización asociadas al Control de Ruido (Resolución Exenta N°867/2016), en el receptor del ruido y utilizando el instrumental de medición que consta de un identificador sonómetro, marca Cirrus, modelo CR:162B, y un identificador de calibrador marca Cirrus modelo CR514 con número de certificado de calibración CAL20180041 emitido el 24 de mayo de 2018 por el Laboratorio de Calibración Acústica del Instituto de Salud Pública de Chile; y con el cual se midió el Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 68 dB(A) en el interior de la casa habitación, según consta en el Informe de Fiscalización DFZ-2018-2491-I-NE, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 7 y 8 de septiembre de 2018 y sus respectivos anexos.

Trigésimo segundo. Que, según el reporte técnico y acta de fiscalización, en relación con la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se constata que se determinó el ruido de fondo en 47 dB(A) (NPSeq Ruido fondo), realizándose mediciones internas en tres puntos, haciendo la corrección por ventana cerrada, obteniendo un NPC 68 dB(A), que al contrastar con el límite máximo de la norma para zona II de 45 dB(A) genera una excedencia de 23 dB(A); no habiendo por tanto reproche alguno por parte de este Tribunal en el ejercicio técnico realizado por la Superintendencia.

Trigésimo tercero. Además, no existiendo antecedentes en el expediente sancionatorio ni en la reclamación administrativa que pongan en duda el instrumental de medición, ni el procedimiento mismo con que ésta se efectuó por parte del fiscalizador, este Tribunal no observa ilegalidad alguna en el actuar de la Superintendencia. Es más, estos sentenciadores consideran que en todo momento se cumplió con las exigencias del DS N°38 del Ministerio de Medio Ambiente que establece la Norma de Emisión de Ruido.

Trigésimo cuarto. Por otro lado, se constata del expediente judicial, ratificándose en la audiencia de alegatos, que el titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental, tampoco en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-156-2019 y solo el 31 de octubre de 2018, el Gerente General de Hotel Gavina Sr. Hernán Donato Cornejo Rocabado, a nombre del titular, reconoce que hace 25 años que realizan este tipo de actividades en el hotel, emitiéndose los ruidos señalados. Además, se realizarían actividades en el salón “La Gaviota”, especialmente los fines de semana, y que se podía controlar el nivel de ruido que se generaba. Precisa en su carta que el Hotel Gavina ejecutaría cuatros medidas correctivas y de mitigación, detallándolas:

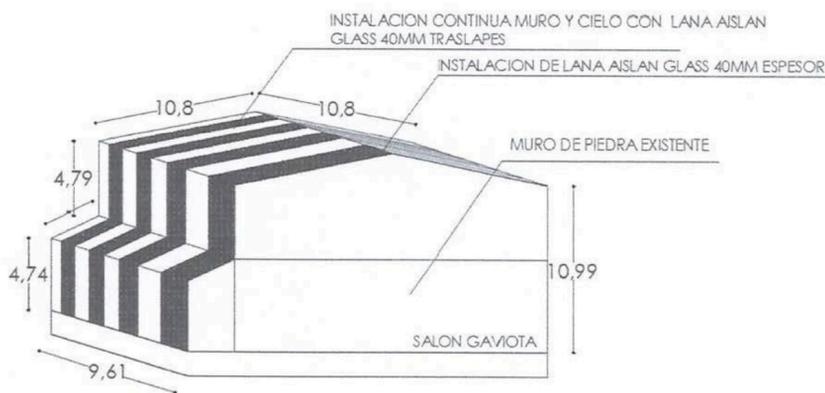
- 1) Solicitud a Arquitecto asesor de obras civiles, un estudio del problema y presentación de un proyecto de solución.
- 2) Se adjunta informe técnico de obras el que incluye la propuesta de medidas de mitigación que se adoptarán a la brevedad (documento firmado por el arquitecto Sr. Roland Gómez Contreras).

La propuesta contempla envoltura perimetral en muros y techo del salón La Gaviota del Hotel Gavina, formando colchonetas de aislación térmica y absorción acústica; como se observa en las 2 figuras siguientes.

SECTOR DE MONTAJE PARA LOS COLCHONES ACUSTICOS



PLANTA ISOMETRICA DEL RECINTO



Fuente: Expediente Judicial sobre Informe Técnico de Obras, de fojas 311 y siguientes.

Se indica que, una vez aprobada la propuesta de mitigación, se iniciarán las obras, las que contemplan una duración de 30 días para su ejecución.

- 3) Con dichas acciones, afirma que se espera bajar los niveles de ruido actualmente generados, llevándolos a los permisibles según uso de suelo.
- 4) Se incorporará la generación de un manual de medidas e instrucciones técnicas, con las que se condicionará a las productoras y a ellos mismos, sobre decibeles permitidos.

Indica finalmente su compromiso de trabajo por parte de Hotel Gavina para encontrar una solución efectiva y definitiva al problema.

Trigésimo quinto. Sin embargo, estos sentenciadores de la revisión de los documentos acompañados al expediente judicial, como de la revisión del procedimiento sancionatorio, constatan que estas medidas nunca fueron ejecutadas ni acreditadas en el procedimiento sancionatorio, ni en el marco del presente procedimiento de reclamación judicial, hecho ratificado por la reclamante en estrado, al reconocer que pasado más de 26

meses desde dicho pronunciamiento hasta el día de hoy, su representada no ha realizado obra o acción alguna para abordar la problemática de ruidos molestos con mejoras constructivas y procedimientos internos, con el fin de mitigar el hecho que es causante de la sanción, y así, cumplir con lo exigido en el DS N°38/2011 y con ello no afectar la salud y calidad de vida de la comunidad aledaña, lo que a juicio de este Tribunal mantiene en incumplimiento legal al titular sancionado, cuya conducta a lo menos debe ser catalogada como negligente.

Trigésimo sexto. Ahora bien, sumado a lo anterior, se debe tener presente que el artículo 36 de la Ley N°20.417 clasifica las infracciones en gravísimas, graves y leves, siguiendo el criterio relativo al impacto que los hechos, actos u omisiones que configuran la infracción generen o puedan generar en el medio ambiente o en la salud de la población, entre otros factores. El artículo 36 N°3 establece que son infracciones leves todas aquellos actos u omisiones que, constituyendo una infracción, no sean de aquéllas gravísimas o graves.

Trigésimo séptimo. Que, en la revisión del cumplimiento normativo y procedimental del actuar de la SMA se advierte de la revisión documental, las alegaciones y documentos anexos del expediente judicial y administrativo, que la Superintendencia ha actuado dentro del marco de sus atribuciones y competencias de fiscalización ante un hecho denunciado, aplicando correctamente el procedimiento de medición de ruido de fondo y descartando otras posibles fuentes, utilizando el instrumental apropiado y calibrado, haciendo los ejercicios de cálculos técnicos correspondientes, según la Res. Ex. N°1184/2015, Guía de la SMA para el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental, la Res. Ex. N°867/2016 que Aprueba Protocolo Técnico para la Fiscalización del DS N°38/2011 y exigencias asociadas al Control del Ruido en instrumentos de competencia de la SMA, y su Protocolo Técnico para la Fiscalización y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA; y, finalmente ha configurado los hechos y su calificación jurídica en forma consistente tanto desde el punto de vista técnico-científico, como jurídico normativo.

Trigésimo octavo. Por tanto, este Tribunal procederá a rechazar la alegación de la reclamante sobre que la resolución sancionatoria impugnada no se ajustaría a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, y que habrían existido una serie de irregularidades en el procedimiento de fiscalización del que fue objeto.

Trigésimo noveno. A su vez, respecto a la **supuesta falta de contextualización de los hechos constatados por el fiscalizador**, queda claramente establecido en el Informe de Fiscalización DFZ-2018-2491-I-NE, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 7 de septiembre de 2018 y sus respectivos anexos, entre ellos el Informe de Fiscalización de fecha 7 y 8 de septiembre de 2018, que en horario nocturno (0:30 hrs), en condición interna y con ventana cerrada, en el domicilio del receptor sensible, ubicado en Zona 2 (cuyo límite es 45 dB(A) en horario nocturno de 21:00 a 7:00 hrs), se efectuó la medición de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 68 dB(A), implicando una excedencia contaminante de 23 dB(A).

Cuadragésimo. Que, este Tribunal constata entonces, que los elementos fundamentales y que dan contorno a los hechos, circunstancias, características generales y específicas sobre la medición del Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC), incluyendo horarios, emplazamiento del denunciante afectado, como la ubicación precisa dentro del domicilio del mismo, cumplen con los estándares y normativas imperantes, no siendo necesario ni exigible la medición en la fuente, ni la bitácora en el Hotel Gavina cuando se le comunica sobre la medición en el receptor afectado, como pretende la parte reclamante.

Cuadragésimo primero. En este sentido, el razonamiento del Tribunal advierte que el reclamante confunde y pretende exigir elementos contextuales y del proceder del fiscalizador no contemplados en su procedimiento contenido en la Res. Ex. N°1184/2015, ni por Guía de la SMA para el llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental, ni por la Res. Ex. N°867/2016 que Aprueba Protocolo Técnico para la Fiscalización del DS N°38/2011 y exigencias asociadas al Control del Ruido en instrumentos de competencia de la SMA, ni por su Protocolo Técnico para la Fiscalización y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA; más aún, pretende obtener garantía y derechos inexistentes, incluso mayores que aquel al cual afecta con el ruido generado por su incumplimiento normativo.

Cuadragésimo segundo. Por todo lo anterior, esta alegación del reclamante no puede prosperar, tal como se señalará en lo dispositivo de la sentencia.

Cuadragésimo tercero. Por último, **sobre otras supuestas irregularidades del procedimiento**, este Tribunal advierte que todos los documentos, contenidos en el Expediente de Fiscalización DFZ-2018-2491-I-NE, así como en el acta de inspección, acta de reunión, antecedentes del titular fuente, antecedentes del receptor y otros anexos son parte integrante y constitutivo de la aplicación del rol de fiscalización que le compete a la

Superintendencia, y en particular el Reporte Técnico que se encuentra regulado en literal d) del artículo 15 de DS N°38/2011.

Cuadragésimo cuarto. Además, se advierte por esta magistratura que, la Superintendencia ha dado estricto cumplimiento a la Res. Ex. N°693/2015, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido, según los documentos tenidos a la vista y analizados por estos sentenciadores.

Cuadragésimo quinto. Que, en lo que respecta a la desactualización puntual del SNIFA, y que el reclamante alega como un vicio de ilegalidad, si bien es reprochable todo retraso por parte de la Administración del Estado, esta fue reconocida y corregida por la Superintendencia, situación que se constata en el link <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2045>, no constituyendo un vicio esencial que vuelque al acto reclamado ilegal per sé.

Cuadragésimo sexto. A mayor abundamiento, dichas circunstancias no afectaron los derechos del regulado, ni menos sus posibilidades de actuación para aportar con nuevos antecedentes que pudieran dar cuenta de su rol proactivo en el tratamiento de su incumplimiento normativo y de afectación a sus vecinos; dado que Hotel Gavina se notificó del procedimiento con fecha 05 de noviembre de 2019, sobre la Rex. Ex. N° 1 de fecha 28 de octubre de 2019 de la SMA, por lo que, a juicio de estos sentenciadores, no existió afectación al derecho de defensa toda vez que los cargos se formularon mucho antes de la pandemia y no fueron afectados por la falta de publicación posterior.

Cuadragésimo séptimo. Por lo demás, es el propio Gerente General Sr. Hernán Cornejo Rocabado con fecha 31 de octubre de 2018, ya había reconocido los hechos denunciados en representación del titular, incluso comprometiéndose acciones correctivas y de mitigación que serían realizadas por parte de Hotel Gavina.

Cuadragésimo octavo. Por último, respecto de la alegación referida a la recepción de la resolución sancionatoria en forma inesperada a que alude el reclamante, mediando el tiempo que habría perdido contacto con la SMA durante meses, este Tribunal estima que precisamente es responsabilidad del reclamante mantener diligentemente comunicación con el servicio que lleva su proceso de fiscalización y sanción, más aún y como ya se mencionó, la Res. Ex. N° 1 de fecha 28 de octubre de 2019, que inicia el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-156-2019, le fue notificada personalmente el 5 de noviembre de 2019.

Cuadragésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, el tiempo de suspensión del procedimiento por la situación de emergencia sanitaria COVID 19 según las Res. Ex. N°518 del 23 de marzo de 2020, Res. Ex. N°548 del 30 de marzo de 2020 y Res. Ex. N°575 del 7 de abril de 2020, solo limitó la revisión del mismo entre el 23 de marzo y el 30 de abril de 2020, no afectando por tanto los derechos del reclamante en dicho procedimiento.

Quincuagésimo. Que, por lo razonado precedentemente, este Tribunal concluye que en la alegación no puede prosperar, tal como se señalará en lo dispositivo de la sentencia.

II. Sobre la petición subsidiaria y la ponderación de los criterios del art. 40 de la LOSMA.

Quincuagésimo primero. En cuanto a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, la reclamante cuestionó alguno de los criterios usados para la ponderación de la sanción, solicitando a este Tribunal que ordene rebajar en todo o parte la multa impuesta.

Quincuagésimo segundo. Por su parte, la SMA indicó que se clasificó la infracción como leve ya que ésta generó un riesgo para la salud de la población, aunque no de carácter significativo. La resolución realizó un extenso análisis técnico referido a la infracción, donde se incorporaron los lineamientos de las bases metodológicas y las exigencias normativas de la LOSMA.

Quincuagésimo tercero. Se indicó por la Superintendencia que, para la determinación de la sanción, se consideró el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c del artículo 40 de la LOSMA) y el componente de afectación, el cual se basa en el valor de seriedad de la infracción, que fue determinado a través de la ponderación del riesgo causado en la salud de las personas (letra a y b del artículo 40 de la LOSMA) y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i del artículo 40 la LOSMA). Se ponderaron los factores de incremento y disminución del valor de seriedad, asociados particularmente a la falta de cooperación (letra i del artículo 40 la LOSMA), la irreprochable conducta anterior (letra e del artículo 40 la LOSMA) y la capacidad económica del infractor (letra f del artículo 40 la LOSMA).

Quincuagésimo cuarto. Que, además, para la determinación de la sanción la SMA consideró, como circunstancia extraordinaria, el impacto de la pandemia de COVID 19 que se encuentra actualmente en curso. Así, ponderó que el manejo sanitario de la pandemia ha generado restricciones a los derechos de las personas, que han significado un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según su tamaño económico o giro. De ahí que se internalizaron en la determinación de la sanción los efectos económicos que la pandemia ha implicado. En la determinación de la sanción de Hotel Gavina se aplicó un factor de ponderación base de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor como gran empresa 1, resultando en una disminución de la sanción a aplicar.

Quincuagésimo quinto. Se señala por el órgano reclamado que en el caso concreto, no se aplicaron las siguientes circunstancias: i) Intencionalidad, ya que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma; ii) El grado de participación ya que se entiende que el titular es el autor de la infracción; iii) La conducta anterior negativa tampoco se consideró, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional. Tampoco hubo detrimento o vulneración en un Área Silvestre Protegida del Estado ("ASPE"), ni presentación de Programa de Cumplimiento ("PdC").

Quincuagésimo sexto. Prosigue la Superintendencia señalando que, sin embargo, las circunstancias que si son relevantes para la determinación de la sanción: i) La cooperación eficaz, puesto que el infractor no habría realizado acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de la misma. ii) Respetto de medidas correctivas, puesto que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor.

Quincuagésimo séptimo. Por todo lo anteriormente dicho es que la SMA estableció la multa en 84 UTA.

A. Respetto a la LOSMA.

Quincuagésimo octavo. Respetto al literal a, del artículo 40 de la LOSMA, que se refiere a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; la reclamante señala que la SMA no habría determinado cuál es el riesgo concreto, ni en la supuesta vinculación entre los hechos y un peligro concreto, y habría considerado que hay afectación en la calidad de vida por el mero hecho de existir un ruido, aunque provenga de un parlante o un elemento de sonido y su volumen sea moderado, sin atender a los elementos de contexto ni a las características específicas del o los receptores. Además, agrega que el Salón La Gaviota del Hotel tendría un funcionamiento esporádico (fines de semana) y no periódico. De esta manera, no existiría ningún antecedente que permita concluir, fehacientemente, que el incumplimiento a la normativa haya ocurrido con habitualidad y menos de forma permanente en el tiempo.

Quincuagésimo noveno. A este respecto la SMA señaló que en este caso si se generó un peligro concreto a la salud de las personas. Si bien no existen antecedentes para confirmar la existencia de un daño producto de la infracción, es posible afirmar que si existió un riesgo. La Res. Ex. N°992/2020 evaluó si los antecedentes permitían concluir que existió un peligro y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro. Respetto al peligro específico del ruido nocturno, la resolución reclamada señala que existe evidencia suficiente de sus efectos inmediatos sobre el sueño, calidad de vida y bienestar de las personas. Incide también en la generación de efectos emocionales negativos. Por otro lado, la infracción habría generado un riesgo o peligro concreto a la salud de la población, puesto que, en el presente caso, se habrían verificado los elementos para configurar una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, el riesgo.

Sexagésimo. Para la determinación de la infracción, y específicamente para la ponderación de la importancia del riesgo generado, la SMA indicó que se consideró la excedencia real de las emisiones sonoras sobre el límite que establece el DS N°38/2011, que es de una magnitud de 23dB(A), y no respetto de los límites que recomienda la Guía de la Organización Mundial de la Salud.

Sexagésimo primero. Para determinar la importancia generada por la infracción del Hotel Gavina, la SMA consideró la frecuencia y el tiempo de la exposición al ruido por parte del receptor, pidiendo expresamente información al titular respetto de la frecuencia de funcionamiento, a lo que el reclamante no respondió, por lo que debió utilizar las máximas de la experiencia concluyendo que tendría un funcionamiento periódico acotado principalmente a los fines de semana, teniéndose por acreditado el riesgo a la salud de las personas por presión sonora emitida por la fuente.

Sexagésimo segundo. Respecto al literal b, la reclamante cuestionó la determinación efectuada por la SMA en relación al número de personas potencialmente afectadas por la infracción, ya que la mayor parte del área de influencia no correspondería a una zona residencial o de descanso, sino que predominaría la presencia de colegios, universidades, instituciones públicas, etc.

Sexagésimo tercero. La reclamada señala que se utilizó un criterio conservador interceptando el área de influencia con la cobertura georreferenciada de las manzanas censales llegando a una cantidad de 1.056 personas potencialmente afectadas versus 17.000. La estimación efectuada en base al Censo de 2017 resulta del todo legal y ajustada al criterio establecido por las Bases Metodológicas de la SMA, así como por la judicatura ambiental.

Sexagésimo cuarto. Respecto al Literal f, la reclamante señala que la capacidad económica de la empresa no habría sido debidamente ponderada por la SMA, al haber considerado la información "autodeclarada" por el titular ante el Servicio de Impuestos Internos ("SII") el año 2019, correspondiente al año comercial 2018. La SMA tendría que haber tenido también a la vista los estados financieros de la empresa correspondientes al año 2019 e, idealmente, los del primer semestre del año 2020. Se indica además, que el Hotel se habría visto afectado por la situación económica desde octubre de 2019 a la fecha por el estallido social y luego por la pandemia de COVID-19.

Sexagésimo quinto. La SMA a su vez indica que esta alegación debe ser rechazada atendido que: (i) los antecedentes acompañados en sede de reclamación debieron ser presentados en el procedimiento administrativo sancionador; (ii) los antecedentes aportados no controvierten la ponderación realizada por la SMA; (iii) la SMA utilizó la última clasificación por tamaño económico del SII publicada a la fecha, basada en las ventas anuales, que permite realizar una comparación objetiva entre empresas.

Sexagésimo sexto. Agrega que el titular acompaña antecedentes en la reclamación, no habiéndolo hecho en sede administrativa, por lo que estos antecedentes no formaron parte del procedimiento sancionatorio y no deben ser considerados en sede judicial.

Sexagésimo séptimo. El órgano reclamado indicó que, de acuerdo a los antecedentes aportados por el SII, se determinó que Gavina Hotel Limitada corresponde a una empresa Grande I, a las que, de acuerdo a las Bases Metodológicas corresponde aplicar una reducción por factor de tamaño económico, en el rango de 62,5% a 100%, atendido su tamaño económico la SMA aplicó un factor de 81,3% para la determinación de la sanción. Mediante Res. Ex. N° 2567, de 30 de diciembre de 2020, la SMA resolvió rectificar la resolución sancionatoria, ya que se habría incurrido en un error de escritura al indicar que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción tamaño económico, que sí había sido considerado al determinar la sanción. Además, se consideró en el acto reclamado la circunstancia de la pandemia.

Sexagésimo octavo. Sobre la ponderación de la circunstancia de cooperación del titular, el reclamante controvierte que la SMA consideró la falta de cooperación de la misma, indicando que, el acta de inspección señala que durante el desarrollo de la actividad no existió oposición al ingreso, ni se solicitó el auxilio de la fuerza pública, existiendo colaboración por parte de los fiscalizados en todo momento.

Sexagésimo noveno. La SMA señaló a su vez que la cooperación en la investigación y procedimiento, analiza el comportamiento o conducta del infractor en relación a su contribución al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, durante el proceso de investigación y/o durante el procedimiento sancionatorio y pretende generar un incentivo para obtener la colaboración por parte del infractor, permitiendo considerar la cooperación eficaz o la falta de cooperación del infractor. Cuestión que en los hechos no ocurrió por parte del titular, al no realizar ninguna actuación durante el procedimiento sancionatorio, salvo la presentación de 31 de octubre de 2018; la que tampoco fue cumplida por Hotel Gavina.

Septuagésimo. En virtud de lo anterior, se configura la circunstancia de falta de cooperación para efectos de aumentar el monto del componente de afectación de la sanción a aplicar, ya que el recurrente no ha cooperado de forma alguna con el esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40.

Septuagésimo primero. En cuanto a la petición subsidiaria formulada por la reclamante de autos, este Tribunal procederá a pronunciarse en forma conjunta respecto a las dos sub alegaciones de las controversias planteadas por las partes.

Septuagésimo segundo. Que, el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, señala las circunstancias que en cada caso corresponde aplicar para la determinación de la sanción. La cuestión

a resolver, a juicio de este Tribunal, es si existen ilegalidades en la aplicación y ponderación de las circunstancias identificadas por la Superintendencia para la aplicación de la sanción.

Septuagésimo tercero. De los antecedentes tenidos a la vista y analizados por estos sentenciadores, se evidencia que la Superintendencia consideró para la determinación de la sanción, tanto el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción según el literal c) del artículo 40 de la LOSMA, como el componente de afectación, el cual se basa en el valor de seriedad de la infracción, el cual fue determinado a través de la ponderación del riesgo causado en la salud de las personas (literales a) y b) del artículo 40 de la LOSMA) y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (literal i) del artículo 40 de la LOSMA).

Septuagésimo cuarto. Además, en el componente de afectación, se ponderaron los factores de incremento y disminución del valor de seriedad, asociados particularmente a la falta de cooperación (literal i) del artículo 40 de la LOSMA), la irreprochable conducta anterior (literal e) del artículo 40 de la LOSMA) y la capacidad económica del infractor (literal f) del artículo 40 de la LOSMA).

Septuagésimo quinto. Este Tribunal verifica que la ponderación del literal a) del artículo 40 de la LOSMA, referido a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado y que la superación de los niveles de presión sonora constatada durante el procedimiento sancionatorio, permitieron determinar que la infracción en el presente caso generó un riesgo a la salud de la población, puesto que el ruido es un agente que posee la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor y que en el caso *sublitem* se verificaron los elementos que configuran la ruta de exposición completa. Para ponderar la importancia del riesgo, se consideró la magnitud de la superación sobre el límite normativo, esto es los 23 dB(A), lo cual implica un aumento en un factor multiplicativo de 199,5 en la energía del sonido aproximadamente; y, la frecuencia del funcionamiento de la fuente que, dada la naturaleza de la actividad, tendría un funcionamiento periódico. Esto se desprende de las evidencias de la fiscalización, la publicidad respecto a eventos periódicos en la página web del Hotel Gavina, y al hecho que el reclamante en ningún momento entregó antecedentes en contrario durante el procedimiento sancionatorio. Es más, reconoció los hechos, presentó una carta de su Gerente General con medidas de mitigación, que hasta la fecha de esta sentencia no se han verificado ni tampoco se ha evidenciado un cumplimiento parcial.

Septuagésimo sexto. Respecto de la revisión de aplicación del literal b) del artículo 40 de la LOSMA, referida al número de personas cuya salud pudo ponerse en riesgo por la infracción, este Tribunal estima que el actuar de la Superintendencia es razonable y legal, cuando realiza su estimación que solo 1.056 personas de un total de 17.000 por distrito censal, que habitan en el buffer identificado como Área de Influencia ("AI"), aproximando a 316 metros de distancia de la fuente, considerando edificios principales cercanos, cuya población sensible se encuentran potencialmente afectadas por la fuente emisora, valor por lo demás conservador en la práctica al entender que dicha zona II tiene un carácter de residencial mixto, en la cual la población procura su tranquilidad, descanso y calidad de vida.

Septuagésimo séptimo. Que para este Tribunal, ambos literales (a y b del artículo 40 de la LOSMA) son vitales en su análisis, ya que sobre ellos también pesa el principio precautorio y se condice con los derechos constitucionales a la salud y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ello incluye la contaminación acústica y sus efectos sobre la salud y calidad de vida, como lo ratifica la Organización Mundial de la Salud (OMS), refiriendo a los efectos en la salud y calidad de vida del ruido nocturno en el documento "Night Noise Guidelines for Europe (2009)"², donde señala "para la prevención primaria de efectos subclínicos adversos en la salud de la comunidad relacionados con el ruido nocturno, se recomienda que la comunidad no debe estar expuesta a niveles de ruido superiores a 40 dB durante el período nocturno, cuando la mayoría de la gente se encuentra durmiendo", valor que incluso es más estricto a norma DS N°38/2011 que recoge estas orientaciones; afirmando que este límite basado en salud, es necesaria para proteger a la comunidad, incluyendo grupos más vulnerables como niños, enfermos crónicos y los ancianos.

Septuagésimo octavo. Además, estos sentenciadores constataron tanto del expediente administrativo y sancionatorio, como de las alegaciones en estrado, que desde la fiscalización realizada por la SMA hasta la formulación de cargos pasó casi un año, tiempo en el que Hotel Gavina habiendo presentado una carta de voluntad de soluciones colaborativas, finalmente no acreditó ni justificó ningún avance en ellas, ni siquiera un programa o minuta orientadora para sus actividades donde se generan ruidos molestos, con el fin de cumplir con la normativa vigente y cuidar de la salud y calidad de vida de las personas.

²Hurtley, C. (Ed.). (2009). Night noise guidelines for Europe. WHO Regional Office Europe.

Septuagésimo noveno. Que respecto al literal f) del artículo 40 de la LOSMA, referido a la capacidad económica del infractor; se evidencia una ponderación razonable y dentro del ámbito de discrecionalidad que tiene la Superintendencia, toda vez que se aplicó un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción asociado a la circunstancia de capacidad económica de 81,3%, de entre un rango de 62,5 a 100%, para el Hotel Gavina que corresponde a una empresa categorizada como Grande 1³, según el SII.

Octogésimo. Además, durante todo este espacio de tiempo, el titular obtuvo un beneficio económico, ya que se siguieron realizando actividades en dichos salones del hotel como eventos y fiestas, las que fueron publicitadas en plataformas digitales, incluyendo la página web del titular, tal como consta en el expediente administrativo y judicial. De esta manera, del expediente administrativo, así como de la reclamación de autos, no surgen antecedentes que alteren la presunción de legalidad del acto administrativo. En efecto, la alegación del reclamante no contiene antecedentes que permitan desvirtuar las conclusiones de la Superintendencia, en el sentido de considerar que hubo un riesgo para la salud de las personas que no tiene carácter de significativo, es más, se evidencia que por un lado la clasificación de la infracción se ajustó de grave a leve, y que dentro de la determinación del valor de la multa se consideró y ponderó las afectaciones económicas que el Hotel Gavina pudo tener por la pandemia de COVID 19.

Octogésimo primero. Que, así las cosas, a juicio de este Tribunal, la ponderación de la sanción se encuentra dentro de las facultades discrecionales de la Superintendencia de conformidad al art. 40 de la LOSMA, no apreciándose en el expediente sancionatorio arbitrariedad alguna que permita a estos sentenciadores declarar como ilegal el acto administrativo impugnado. De esta forma, tampoco corresponde a este Tribunal determinar el contenido discrecional del mismo como ajustar el valor de la multa sancionada, ya que es una potestad privativa del órgano administrativo.

Octogésimo segundo. Que, en virtud de lo razonado precedentemente, este Tribunal concluye que la reclamación en este punto no puede prosperar, por lo que también se rechazará en la parte resolutive de esta sentencia.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600; disposiciones legales citadas de la Ley N°20.417, el D.S. N°38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

I. Rechazar la reclamación interpuesta a fs. 1 y siguientes de autos, en todas sus partes, en contra de la Resolución Exenta N°992 de fecha 12 de junio de 2020, emitida por la Superintendencia del Medio Ambiente, declarando la legalidad de la misma.

II. No condenar en costas al reclamante, por tener motivos plausibles para litigar.

Acordada con la prevención del Ministro Sr. Hernández, quien señala que solo a fin de mejorar en forma práctica los procedimientos con los regulados, considera relevante que la Superintendencia de Medio Ambiente, 1) perfeccione y adapte la forma proceder a practicar la notificación en contexto COVID19, utilizando las vías más idóneas y expeditas, a fin de mejorar la comunicación y acceso a la información por parte de los regulados; y 2) Explícite de manera formal la utilización de criterios de la Cámara de Comercio entre otros organismos, con el fin otorgar conocimiento a los administrados de los criterios excepcionales por ella utilizados.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

Rol N° R-40-2020

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Juan Opazo Lagos.

Autoriza el Secretario Abogado (S) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a doce de febrero de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

³ Superintendencia del Medio Ambiente (2017). Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. Ministerio de Medio Ambiente de Chile. P.38.

Causa R-37-2020

“ONG Atacama Limpia con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): ONG Atacama Limpia.
- Reclamado(s): Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Puerto Caldera S.A.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

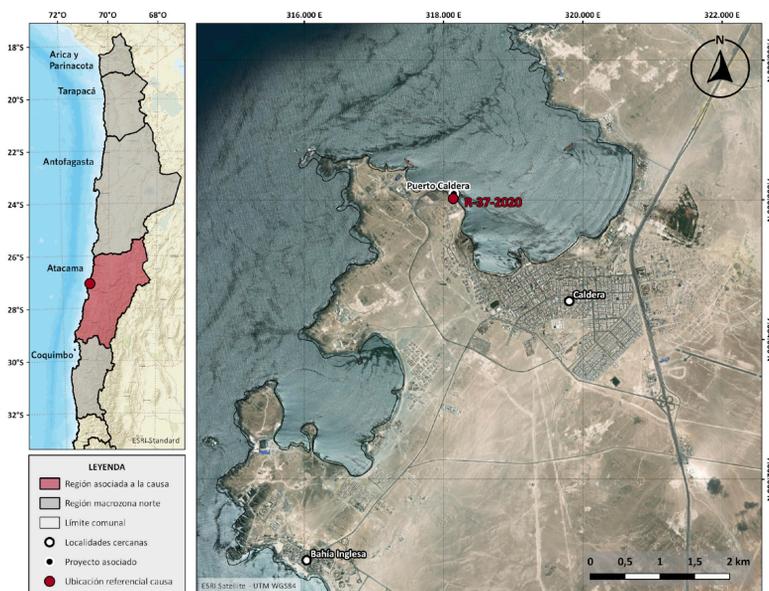
La ONG Atacama Limpia reclamó en contra de la resolución del SEA que rechazó la reclamación interpuesta por la aprobación de la declaración de impacto ambiental del proyecto “Acopio y Embarque del Concentrado de Cobre en Muelle Punta Caleta” del titular Puerto Caldera S.A., ubicado en la comuna de Caldera, Región de Atacama.

La reclamante alegó que no se consideraron debidamente las observaciones ciudadanas formuladas en la evaluación ambiental, vinculadas con la incorrecta evaluación de las emisiones atmosféricas, de las emisiones de ruido y de los efectos sinérgicos del proyecto; así como un supuesto fraccionamiento, al no considerar el transporte del concentrado de cobre desde los clientes hasta el galpón de almacenamiento, ni su transporte por vía marítima.

Por su parte, el SEA indicó que las observaciones fueron debidamente consideradas a lo largo de la evaluación y en los fundamentos de la RCA. En cuanto al fraccionamiento del proyecto, sostuvo que su sanción constituye una atribución privativa de la Superintendencia del Medio Ambiente. Agregó, que tampoco concurrían los supuestos para su procedencia, que son la intención o propósito de eludir la correcta evaluación ambiental de un proyecto y la existencia de dos o más proyectos específicos que se puedan imputar fraccionados.

En la sentencia, el Tribunal acogió la reclamación al estimar que existió un nivel de incertidumbre y riesgo en la evaluación ambiental, con evidentes anomalías en la definición del área de influencia del proyecto y deficiencias en el inventario de emisiones de contaminantes al aire.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Controversias

- i. Si hubo una correcta evaluación de las emisiones atmosféricas.
- ii. Si hubo una correcta consideración de los efectos sinérgicos.
- iii. Si hubo una correcta evaluación de las emisiones de ruido.
- iv. Si existió un supuesto fraccionamiento del proyecto.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la evaluación de las emisiones atmosféricas, se advirtieron una serie de deficiencias relacionadas con los requisitos básicos exigidos por la Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA. Además, existió una falta de consideración de los elementos y actividades que aportan al inventario de emisiones, lo que indirectamente determinó que el área de influencia del proyecto habría sido mal determinada.

Se agrega que no existió evidencia suficiente y razonable para justificar que el proyecto no requería la presentación de un estudio de impacto ambiental.

- ii. En cuanto a los efectos sinérgicos, el Tribunal evidenció que la modelación no consideró las emisiones más desfavorables de otros proyectos cercanos al área.

Por su parte, respecto del transporte de concentrado de minerales en camiones encarpados, se advirtió la abundante existencia de material fugitivo el cual no fue considerado en el inventario de fuentes de material particulado en los modelos predictivos.

- iii. Respecto a las emisiones de ruido, si bien el Tribunal señaló que no superan los límites normativos, cuestionó la línea de base toda vez que no se consideró íntegramente la totalidad de las fuentes de otros proyectos que están operando en la zona portuaria y que pueden contar con RCA.

- iv. Por último, sobre el fraccionamiento de proyecto, los sentenciadores no se pronunciaron en atención a que el asunto está siendo conocido por la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin

embargo, se indicó que ello no obsta a que el SEA tenga una actitud preventiva y proactiva, en orden a tener una mirada sistémica e integral del proyecto, ante la necesidad de descartar su fraccionamiento.

6. Estado de la sentencia

En contra de la sentencia no se interpuso recurso alguno, encontrándose firme y ejecutoriada.

SENTENCIA

Antofagasta, a seis de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. Con fecha 12 de agosto de 2020, comparece el Sr. Mario Maturana Claro, cédula de identidad N°5.530.140-1, abogado, con domicilio en calle Los Carrera N°599, oficina 11, comuna de Copiapó, en representación convencional de doña Cecilia Martínez Díaz, cédula de identidad N°7.230.748-8, domiciliada en calle los Roqueríos S/N, comuna de Caldera, en su calidad de Presidenta del Directorio y Representante legal de la **ONG ATACAMA LIMPIA**, en adelante también e indistintamente la Reclamante, la Actora o la ONG, corporación sin fines de lucro, de su mismo domicilio, Rut N°65.383.680-5, quien, conforme a lo establecido en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, interpuso reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N°202099101432, en adelante también la Resolución Reclamada, la Resolución Exenta o el Acto Reclamado, dictada el 16 de junio de 2020 por el Sr. Director Ejecutivo del **SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL** en causa ROL N°38/2019, del Proyecto “Acopio y Embarque del Concentrado de Cobre en Muelle Punta Caleta”, cuyo proponente es Puerto Caldera S.A., resolución que fuera dictada y notificada el día 2 de julio de 2020, mediante correo electrónico.

2. Que, mediante dicha resolución se rechazó el recurso de reclamación interpuesto por la ONG Atacama Limpia en contra de la Resolución Exenta N°121, de fecha 14 de octubre de 2019, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del Proyecto “Acopio y embarque de concentrado de cobre en Muelle Punta Caleta de Puerto Caldera S.A.”, de Puerto Caldera S.A.

3. Que la reclamación judicial es interpuesta en contra del Director(a) del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, en adelante la Reclamada, el Servicio o el SEA, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, con la finalidad de que se deje sin efecto la Resolución Exenta N°202099101432 de fecha 16 de junio del 2019, por cuanto en la referida resolución no se habrían considerado debidamente las observaciones formuladas por la ONG en el proceso de calificación ambiental del Proyecto “Acopio y Embarque del Concentrado de Cobre en Muelle Punta Caleta”. En consecuencia, solicita se deje sin efecto el procedimiento de evaluación ambiental y se ordene el reingreso del proyecto a través de un Estudio de Impacto Ambiental, en el cual se analicen y consideren, entre otras, las observaciones en que se fundamenta el reclamo.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado.

A) El Proyecto y su evaluación ambiental.

De los antecedentes administrativos consta que el proyecto “Acopio y embarque de concentrado de cobre en Muelle Punta Caleta de Puerto Caldera S.A.” (en adelante el “Proyecto”) del titular Puerto Caldera S.A. (en adelante el “titular”), ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental con fecha 20 de diciembre de 2018, siendo calificado ambientalmente favorable por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, por medio de la Resolución Exenta N° 121, de fecha 14 de octubre de 2019 (en adelante la “RCA”).

El Proyecto tiene por objetivo recepcionar, almacenar y embarcar concentrado de cobre en un galpón de acopio cercano al Muelle Punta Caleta de propiedad del titular, como una alternativa de negocios a la actividad de exportación de fruta que actualmente se desarrolla en el muelle durante la temporada estival. El Muelle Punta Caleta se encuentra ubicado a una distancia de 2.700 metros aproximadamente en línea recta al sector céntrico de Caldera, Comuna de Caldera, Provincia de Copiapó, Región de Atacama.

El Proyecto considera la habilitación de un galpón de almacenamiento y sus respectivas unidades de apoyo. Se prevé un embarque máximo de 600.000 toneladas anuales de concentrado de cobre y no se modifican las actividades actuales de Puerto Caldera S.A. de embarque de frutas, desarrollándose tal y como se hace en la

actualidad.

En consecuencia, el Proyecto considera las siguientes operaciones o actividades: (a) La recepción de camiones con concentrado de cobre desde potenciales clientes; (b) El almacenamiento, acopio y consolidación de carga del concentrado de cobre en el galpón, y (c) El embarque del concentrado de cobre mediante el uso de contenedores open-top y spreader volteables, en un máximo de 7 días al mes.

Durante el proceso de evaluación ambiental la ONG Atacama Limpia, conjuntamente con otras personas naturales y jurídicas, con fecha 05 de febrero de 2019 solicitó la realización del proceso de participación ciudadana, de conformidad a lo previsto en el artículo 30 bis de la Ley N° 19.300

Mediante Resolución Exenta N° 23 de fecha 19 febrero 2019 el Servicio de Evaluación Ambiental acogió las solicitudes referidas y dio inicio al periodo de participación ciudadana por el plazo de 20 días, proceso en el cual la ONG Atacama Limpia formuló una serie de observaciones al proyecto.

Con fecha 14 de octubre de 2019 la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama calificó favorablemente el proyecto de “Acopio y embarque de concentrado de cobre en Muelle Punta Caleta de Puerto Caldera S.A.”, mediante Resolución Exenta N° 121.

En contra de la referida RCA la ONG Atacama Limpia interpuso un recurso de reclamación presentado con fecha 19 de noviembre de 2019, el que tenía por objeto dejar sin efecto o modificar la RCA, por estimar que no se consideraron debidamente las observaciones ciudadanas formuladas.

El referido recurso de reclamación fue desestimado mediante Resolución Exenta N°202099101432, dictada el 16 de junio de 2020.

B) Antecedentes de la Resolución Exenta N° 202099101432.

En relación a las materias reclamadas en el proceso judicial de autos y que fueron objeto de observaciones por la reclamante en sede administrativa, la Resolución Exenta N° 202099101432 se pronunció de la siguiente manera:

1. En relación a las emisiones atmosféricas del Proyecto, distinguió entre el material particulado (MP) y los gases generados por las obras y actividades. En este sentido, la Resolución precisó que las emisiones atmosféricas del Proyecto son bajas y, por lo tanto, no supera los límites máximos de las normas de MP 2,5 ni MP 10, llegando sólo al 88% del total de la norma, en el peor escenario. Además, señala que se descartan emisiones fugitivas de material particulado desde el galpón y en la actividad de embarque, en atención a las medidas de control implementadas, acotándose la estimación de emisiones en la resuspensión de polvo por el tránsito de camiones.
2. Respecto de la idoneidad de la información de las estaciones de monitoreo aseveró que el Proyecto presentó la información suficiente para efectos de descartar la afectación a la salud por emisiones atmosféricas.
3. A propósito de las emisiones acústicas, la autoridad ambiental indicó que tanto en la fase de construcción como de operación del Proyecto se consideró el escenario acústico más desfavorable, que supuso la operación conjunta de todas las fuentes de ruido, concluyendo que los niveles de ruido sobre los receptores más cercanos no superarán los límites normativos del D.S. N° 38/2011 tanto para período diurno como nocturno.
4. Por último, y en relación al fraccionamiento del Proyecto, se señala en la Resolución Reclamada que no se configuran los presupuestos del fraccionamiento, toda vez que la actividad de transporte de concentrado de cobre no es realizada por el Proponente, ni tampoco el material es de propiedad del titular del Proyecto. Además, precisa que es una facultad de la SMA determinar la infracción a esta obligación.

II. Antecedentes del proceso judicial de la reclamación.

A fs. 1, la ONG ATACAMA LIMPIA interpuso con fecha 21 de agosto de 2019, reclamación judicial en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, en contra de la Resolución Exenta N°202099101432 emanada del Servicio de Evaluación Ambiental, solicitando se deje sin efecto dicha resolución, por cuanto no se consideraron debidamente las observaciones formuladas por la reclamante en el proceso de calificación del Proyecto en comento.

A fs.72, este Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó a la reclamada informar dentro del plazo de 10 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 74, la reclamada confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó la ampliación del plazo para evacuar el informe, el que fue concedido mediante resolución de fojas 81, en los términos solicitados.

A fs.82, la reclamada evacuó su informe, solicitando el rechazo, en todas sus partes, de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

A fs. 4071, el Tribunal tuvo por evacuado el informe.

A fs. 4072, el Sr. relator certificó que la causa se encontraba en estado de relación.

A fs. 4073, el Tribunal fijó la vista de la causa para el día 01 de octubre del 2020 a las 15:00 horas.

A fs. 4093, la abogada Sra. Olivia Pereira Valdés, en representación de “Puerto Caldera S.A.”, se hace parte como tercero coadyuvante de la reclamada.

A fs. 4260, consta que con fecha 01 de octubre de 2020 se llevó a efecto la vista de la causa. Alegaron por la parte reclamante, Sr. Mario Maturana Claro; por la parte reclamada, Sra. Camila Palacios Ryan; y, del tercero coadyuvante de la parte reclamada, Sra. Olivia Pereira Valdés.

A fs. 4290, consta que la causa quedó en estudio.

A fs. 4291, el Tribunal resolvió lo solicitado por la reclamante en el primer otrosí, numeral 1, de su presentación de fojas 1, ordenando oficiar a la Seremi de Salud de Atacama, para que informe sobre distintos aspectos técnicos de las estaciones de monitoreo meteorológicas denominadas “Estación Luz de Atacama”, “Estación Caldera para MP10 y MP 2,5” y “Estación Caldera Norte”, en orden a acreditar que las referidas estaciones cumplen con los requisitos de instalación y funcionamiento establecidos en el DS N° 61/2008 del MINSAL.

A fs. 4292, el Tribunal decretó como medida para mejor resolver oficiar a la Superintendencia del Medio Ambiente, para que informe sobre la existencia de proyectos o actividades ubicadas dentro o cercana al área o sector del Proyecto, y que digan relación con el transporte, acopio, almacenamiento, disposición y/o embarque de sustancias minerales, construcción, o cualquiera otra que utilice alguna de las instalaciones, áreas, superficies y/o puertos, ya sea que tengan o no una resolución de calificación ambiental o sectorial que autorice su funcionamiento.

A fs. 4295, el Tribunal decretó como medida para mejor resolver, la inspección personal del Tribunal en la zona del Proyecto, para el día 09 de noviembre de 2020. Asimismo, se solicitó la colaboración técnica a la SMA y a la SEREMI de Salud, ambas de la Región de Atacama.

A fs. 4296, consta el Oficio de la Seremi de Salud de la Región de Atacama, en virtud del cual informa sobre las estaciones meteorológicas “Estación Luz de Atacama”, “Estación Caldera para MP10 y MP 2,5” y “Estación Caldera Norte”, antecedentes que el Tribunal tuvo por agregados mediante resolución de fojas 4297.

A fs. 4298, el Servicio de Evaluación Ambiental dedujo recurso de reposición en contra de la resolución de fojas 4295 alegando inconvenientes internos para acudir a la diligencia de inspección y a las restricciones sanitarias del país producto de la pandemia por COVID 19.

A fs. 4303, el Tribunal acogió la reposición fijando nueva fecha para la inspección personal, para el día 24 de noviembre de 2020.

A fs. 4304, consta el oficio Ordinario N° 2944 de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante el cual reportó diversas situaciones asociadas con denuncias y fiscalizaciones de actividades cercanas al Proyecto. La información en referencia fue agregada el proceso mediante resolución de fojas 4327.

A fs. 4328, el Tribunal dictó la resolución complementaria a los decretos que ordenaron la inspección personal del Tribunal, precisando el desarrollo de la actividad con sus puntos de revisión y protocolos de trabajo en terreno por pandemia.

A fs. 4335, el SEA cumplió con lo ordenado entregando la información adicional requerida en la diligencia de inspección, lo que el Tribunal tiene presente a fojas 4759.

A fs. 4437, el tercero coadyuvante de la parte reclamada, cumplió con lo ordenado en la inspección decretada como medida para mejor resolver en orden a entregar una serie de antecedentes adicionales y complementarios a la información recabada durante la visita. A fs. 4760, este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 4758, consta oficio de la Seremi de Salud de la Región de Atacama, mediante el cual dio respuesta a la solicitud de información formulada por el Tribunal en la diligencia de inspección. A fs. 4761 este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 4762, la parte reclamante formuló distintas observaciones relacionadas con los aspectos constatados en la diligencia de inspección personal del Tribunal. A fs. 4770, el Tribunal las tuvo presente.

A fs. 4771, consta el acta de la diligencia de inspección personal del tribunal llevada a efecto con fecha 24 de noviembre de 2020 en la comuna de Caldera.

A fs. 4795, la causa quedó en estado acuerdo.

A fs. 4796, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

III. Alegaciones y defensas de las partes en el procedimiento judicial.

1. Alegaciones de la reclamante.

La reclamante sostiene en su libelo que sus observaciones no fueron debidamente ponderadas por la autoridad ambiental, cuyos aspectos de hecho y de derecho pueden resumirse de la siguiente manera:

a) La primera observación dice relación con los posibles efectos en la salud, como consecuencia del material particulado y los gases generados por las obras y actividades en el área de influencia del Proyecto, y la idoneidad de la información referente a las estaciones de monitoreo y mediciones utilizadas para el cálculo y estimación de emisiones. Al respecto la actora señala que la línea base de emisiones de material particulado emanó de la medición de estaciones que, por encontrarse alejadas de la ubicación del proyecto, miden una calidad del aire que no es la que corresponde a los sectores habitacionales aledaños. Asimismo, asevera que las mediciones son desactualizadas y no representativas, en atención al tiempo transcurrido entre éstas y la fecha de presentación del proyecto. Añade que las estaciones ya no existen físicamente, ya que fueron retiradas de los lugares donde se encontraban emplazadas.

Alega también que no se definió un área de influencia y, finalmente, no se consideraron los efectos sinérgicos en la modelación del aire al no considerar las emisiones provenientes de los proyectos de embarque de hierro cercanos al área.

Finalmente, sostiene que no se ha acreditado por parte del titular del Proyecto el cumplimiento con los requisitos previstos en el Decreto Supremo N° 61/2008, que aprueba el Reglamento de Estaciones de Medición de Contaminantes Atmosféricos.

b) La segunda observación dice relación con las emisiones acústicas del Proyecto y su afectación a la población aledaña. En este sentido indica que, para determinar el área de influencia de ruidos, la resolución reclamada sólo consideró tres sectores habitacionales (Mirador de Charito, Anfiteatro y Villas Las Dunas), sin considerar al sector habitacional Punta Caleta, que se encuentra a 90 metros de distancia de las obras del Proyecto.

c) La tercera observación dice relación con el supuesto fraccionamiento del Proyecto, toda vez que, a juicio de la reclamante, el proyecto no considera el transporte del concentrado de cobre desde los clientes hasta el galpón de almacenamiento, ni su transporte por vía marítima.

Finaliza la reclamación solicitando se deje sin efecto la Resolución Exenta N°202099101432, dictada el 16 de junio por el Sr. Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, por cuanto en ella no se consideraron debidamente las observaciones formuladas por la actora en el proceso de calificación de la DIA del Proyecto “Acopio y Embarque del Concentrado de Cobre en Muelle Punta Caleta”, debiendo dejarse sin efecto el procedimiento de evaluación ambiental y ordenar su reingreso a través de un Estudio de Impacto Ambiental.

2. Excepciones y defensas de la reclamada.

El Servicio de Evaluación ambiental sostiene en su informe que las observaciones de la ONG Atacama Limpia fueron debidamente consideradas a lo largo de la evaluación y en los fundamentos de la propia RCA, según los

aspectos de hecho y de derecho que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Respecto a la alegación relacionada a la ubicación de las estaciones de monitoreo, el SEA sostiene que no existe norma que establezca que las estaciones de monitoreo deban ubicarse necesariamente dentro del área de influencia. Sostiene que, según la Guía “Calidad del aire en el área de influencia de proyectos que ingresan al SEIA” (2015), para que las modelaciones sean consideradas válidas por la autoridad sanitaria respectiva, se debe dar cumplimiento al Decreto Supremo N°61 de 2008, del Ministerio de Salud, “Reglamento de Estaciones de Medición de Contaminantes Atmosféricos”.

En relación a la representatividad de las mediciones, la Guía “Calidad del aire en el área de influencia de proyectos que ingresan al SEIA” (2015), señala que la representatividad de la estación no se limita únicamente a la distancia que exista entre ella y el emplazamiento del proyecto. En efecto, la ubicación de las estaciones de monitoreo debe definirse en base a criterio experto considerando diversas variables relevantes para el caso en particular, y deberá evaluarse caso a caso la mejor localización de la estación.

En relación a la alegación de desactualización de las mediciones indica que según la Guía basta con considerar un año de mediciones, con una proporción de datos válidos igual o mayor al 75% en el caso de mediciones continuas. Además, en el caso de disponer de mediciones por más de un año, se deberá tomar el valor del año más desfavorable.

En cuanto a la inexistencia actual de las estaciones de monitoreo señala el SEA que, si las estaciones dejan de existir posteriormente, ello no elimina los datos obtenidos de ellas, cuyos registros permanecen y pueden ser utilizados.

En relación a los efectos sinérgicos precisa el Servicio que la Declaración de Impacto Ambiental indicó los proyectos previos con RCA, que se encuentran colindantes al sector de emplazamiento del galpón y obras complementarias. Señala que se han aprobado 8 proyectos, todos asociados al embarque de hierro por muelle Punta Caleta. Respecto de ellos, desde el año 2014 no se embarca mineral de hierro en dicho lugar; y que desde el 2013 las canchas de acopio que operaron en el área no operan ni almacenan mineral de hierro, encontrándose desmanteladas.

En cuanto al área de influencia para medio humano, sostiene el SEA que dentro de un radio de 500 metros, para identificar las viviendas más cercanas al lugar de emplazamiento, se constataron 3 sectores habitados, dos de ellos, sector Anfiteatro y sector Mirador Charito, que se encuentran localizados en la zona contigua a las obras de emplazamiento del proyecto. El tercer asentamiento, aledaño a la ruta C-314, se denomina Villas Las Dunas, que corresponde a parte del tramo donde transitarán los camiones. Explica que el sector Punta Caleta corresponde al sector Anfiteatro, donde se encuentra ubicado el Hospedaje Boutique CKamur. Aclara que dicho hospedaje fue identificado como receptor sensible en las modelaciones.

Luego, en relación a la evaluación de emisiones de ruido, el SEA sostiene que en la modelación se verificó que los niveles de presión sonora no superan los máximos permitidos por el DS N°38 de 2011, en los receptores probables más cercanos (población aledaña). Aclara que los receptores sensibles se encuentran en zonas del Plan Regulador Comunal homologable a la Zona III, según lo estipulado en la normativa vigente. Por lo tanto, el nivel máximo permisible de presión sonora en horario diurno es de 65 dB, y en horario nocturno de 50 dB.

Por último, y en lo que dice relación con la alegación del fraccionamiento del Proyecto, el SEA sostiene que es una atribución privativa de la Superintendencia del Medio Ambiente el fiscalizar y sancionar las hipótesis de fraccionamiento, y no de las Comisiones de Evaluación o del SEA.

Además, señala que tampoco concurren los supuestos de procedencia del fraccionamiento de proyectos como son, la intención o propósito de eludir la correcta evaluación ambiental de un proyecto, y la existencia de dos o más proyectos específicos que se puedan imputar fraccionados. Sobre esto último, señala que no es suficiente la existencia de otros proyectos hipotéticos supuestamente relacionados.

Finaliza el SEA solicitando el rechazo de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el Derecho, con expresa condenación en costas.

3. Alegaciones del tercero coadyuvante de la parte de la reclamada.

La primera alegación esgrimida por el tercero dice relación con la desviación procesal. Sustenta su defensa en el hecho de que los fundamentos de la reclamación administrativa ante el Director Ejecutivo difieren de aquellos expuestos por la recurrente en sus observaciones. Específicamente se refiere a las observaciones sobre

la antigüedad de los datos sobre el número de habitantes en el área de influencia y el fraccionamiento del Proyecto, las cuales habrían sido declaradas inadmisibles en sede recursiva.

Asevera también que, respecto de las dos primeras observaciones reclamadas en sede judicial, no existe identidad con las observaciones y fundamentos originales planteados en esta sede administrativa. Por lo tanto, se trataría de observaciones nuevas.

Respecto de la tercera observación, esto es, el fraccionamiento del proyecto, asevera que se trata de una observación nueva, que no fue formulada dentro del proceso PAC y que, por lo demás, fue declarada inadmisibles, tal como se señaló anteriormente.

La segunda alegación se refiere a la suficiente motivación de la RCA N° 121/2019 ya que, a su juicio, las observaciones fueron correctamente abordadas en el proceso de evaluación ambiental. Sobre esta materia se detiene especialmente en la alegación relativa a la omisión del sector Punta Caleta como receptor sensible en el área de influencia por emisión de ruidos del proyecto. Al respecto, al igual que el SEA, sostiene que el sector habitacional Punta Caleta sí se encuentra considerado dentro del área de influencia, en el asentamiento denominado “Mirador Charito”.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada, como así mismo, del tercero coadyuvante, las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado como hechos controvertidos de la causa, los siguientes:

- I. Sobre la correcta evaluación de las emisiones atmosféricas
- II. Sobre la correcta consideración de los efectos sinérgicos.
- III. Sobre la correcta evaluación de las emisiones de ruido.
- IV. Sobre el supuesto fraccionamiento del Proyecto.

Segundo. Que para abordar cada una de estas controversias específicas de los temas de fondo, es necesario tener a la vista los elementos básicos de la PAC y la forma de ser abordadas por la autoridad. En particular el artículo 30 de la Ley N° 19.300; así mismo el artículo 78 del D.S. N°40/2012 RSEIA; y sobre ello, el Instructivo del SEA relativo a la “Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el Marco del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental” (Oficio Ordinario D.E. N° 130528, de fecha 1 de abril de 2013, en adelante, “el Instructivo”); donde interesa destacar y analizar el alcance del concepto de observación ciudadana, del verbo “considerar”, y de los criterios en la consideración de las observaciones ciudadanas.

Tercero. Que el artículo 30 bis de la Ley N°19.300 indica: “*Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas (...).*”

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. (...).”

Continúa indicando que “*Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución.*”

Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.”

Finalmente concluye que “*La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas.*”

Cuarto. Que, a su turno, el artículo 78 del D.S. N°40/2012, referido a la reclamación de la comunidad, complementa: “*Las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 29 y 30 bis de la Ley, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la respectiva Resolución de*

Calificación Ambiental, podrán presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20 de la Ley”.

Añade que “[E]l recurso se acogerá a trámite si fuere presentado por las personas naturales o jurídicas que formularon observaciones al Estudio de Impacto Ambiental o Declaración de Impacto Ambiental si procediere, ante la autoridad competente y en el plazo establecido en el artículo 20 de la Ley. El recurso deberá indicar qué observaciones, de aquellas formuladas en la oportunidad legal, no fueron debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución y los fundamentos de dicho reclamo. De lo contrario, no será admitido a trámite. La resolución de admisión a trámite será dictada dentro de quinto día de presentado el recurso y se notificará a los reclamantes y al titular del proyecto o actividad”.

Quinto. Por su parte, el instructivo D.E. N° 130528, define la **observación ciudadana** como: “*toda opinión, comentario, pregunta, preocupación y/o solicitud de una persona natural o jurídica que busca conocer, advertir o reparar acerca de un proyecto o actividad ingresado al sistema de evaluación de impacto ambiental y su proceso de evaluación de impacto ambiental*”. Aclarando que corresponde, primeramente, “*hacerse cargo de la materia observada durante el proceso de evaluación ambiental o, en otras palabras, incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante, para luego, a la luz de lo anterior, dar respuesta a los requerimientos presentados por la ciudadanía durante el proceso formal de participación ciudadana de los proyectos sometidos a evaluación*”.

Sexto. Sobre ello, la ley 19.300 distingue los conceptos de “considerar”, “hacerse cargo”, y “pronunciarse fundadamente”, entendiéndolos como relacionados entre sí, y que determinan el estándar de respuesta de la autoridad ambiental.

Séptimo. Es relevante para este análisis, tener en consideración lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que la **participación pública**¹ representa uno de los pilares fundamentales de los derechos ambientales de procedimiento, y constituye un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente. A su vez, aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, permite construir consensos y permite mejorar la aceptación y cumplimiento de las decisiones ambientales.

Octavo. Que la Excelentísima Corte Suprema, causa Rol 31.176-2016, respecto al “**principio de participación ciudadana² en materia ambiental**”, ha definido como “*el conjunto de directrices, principios y normas dispuestas por la ley y la autoridad competente, que permiten a las personas naturales y jurídicas y a las organizaciones sociales y comunitarias afectadas o interesadas en alguna forma por distintos eventos de relevancia ambiental, ser incorporadas formalmente al proceso de decisiones que lleva la adopción de políticas y medidas de carácter medioambiental, a la autorización de actividades que importan un compromiso ambiental, a la dictación de las regulaciones pertinentes, y a la resolución de los conflictos que se presenten*”.

Noveno. En esta línea y siguiendo la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, el concepto de “considerar” no es equivalente al concepto de “acoger” las observaciones ciudadanas. Por ello, desde la perspectiva del derecho a la participación ciudadana, lo que interesa es que quien participe, obtenga una respuesta fundada desde el punto de vista técnico-científico de sus observaciones, opiniones o preocupaciones, de manera que el análisis se centrará en determinar si los participantes fueron satisfechos en su derecho a obtener respuesta fundada de sus observaciones, en los términos señalados.

Décimo. Todas estas orientaciones serán consideradas como marco referencial por este Tribunal al momento de interpretar las disposiciones relativas a la participación ciudadana, especialmente respecto del alcance de la obligación de “considerar las observaciones y hacerse cargo de éstas”, y del derecho a “obtener respuesta fundada de sus observaciones”.

Undécimo. Así también, de lo dispuesto en sentencias de las causas R-7-2018 y R-30-2019 por este Tribunal, se estima que el cumplimiento de la obligación de considerar las observaciones ciudadanas incluye: i) la identificación de los elementos técnicos y científicos de las preocupaciones ciudadanas, cuando ello corresponda, y; ii) la incorporación en la respuesta de los elementos técnicos y científicos necesarios para mejorar la aceptación y cumplimiento de las decisiones ambientales.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia.

² Corte Suprema Rol N° 31.176-2016, considerando séptimo.

Duodécimo. En este análisis, el Instructivo Oficio Ord. D.E. N° 130528 del SEA, establece siete criterios para la debida consideración de las observaciones ciudadanas, señalando que la respuesta debe ser:

- 1) **completa y precisa**, de forma de identificar cada uno de los temas planteados en la observación, y abordarlos de conformidad con los antecedentes del proceso de evaluación ambiental;
- 2) **autosuficiente**, dando una respuesta completa, y evitando referencias genéricas al expediente de evaluación. En caso que deba hacerse alguna referencia a documentos presentados durante el procedimiento, debe ser citado con precisión;
- 3) **clara**, tanto desde el punto de vista de la redacción como desde el lenguaje;
- 4) **sistematizada y editada**, evitando alterar las observaciones presentadas;
- 5) **independiente**, sirviendo la respuesta entregada por el titular como mera referencia para elaborar la consideración, por lo que debe evitar reproducir o basarse únicamente en la respuesta dada por el titular o las observaciones de la comunidad;
- 6) **de autoría impersonal**, y;
- 7) **actualización de la consideración**.

Decimotercero. Teniendo en cuenta lo anterior, del expediente administrativo y judicial, se evidencia que la reclamante formuló 19 observaciones, las cuales fueron abordadas por el SEA y sistematizadas en el considerando 11.2 de la RCA 121/2019. Para los efectos de los elementos controvertidos en esta causa se acotará su análisis según se detalla a continuación, y que considera la relación entre la Observación PAC³, el Tratamiento de la Comisión de Evaluación en la RCA⁴, la Reclamación Administrativa PAC-RCA⁵ y el Abordaje por el Director Ejecutivo en reclamación administrativa⁶.

Así, las Observaciones PAC formuladas por la reclamante en sede administrativa, vinculadas con las materias controvertidas y las referencias entregadas por la Administración, se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) Solicita que el proyecto se presente como un EIA y no con una simple DIA, dado que la actividad de acopio y embarque de concentrados es muy tóxica y representa un gran riesgo para la población. No existe control del 100% de las posibles fugas.
- b) Se solicita que este Proyecto considere la superficie que no permite tal afluencia de camiones de carga pesada y que produciría un gran impacto y atochamiento impidiendo el libre tránsito de vehículos particulares que usan estos mismos caminos en dirección a El Faro. Se produciría una afectación tanto a los habitantes del lugar Sector Anfiteatro, Villa Charito, Población PY y Loreto como al Turismo, ya que estas vías son usadas por turistas tanto nacionales como extranjeros para visitar El Faro, un Patrimonio de gran interés sobre todo para turistas extranjeros.
- c) Se solicita considerar nivel de ruidos molestos tanto de los camiones de carga pesada, como de las propias faenas de Acopio y Embarque como también el ruido que generan estos grandes barcos con sus motores y que siendo naves metaleras de gran tamaño generan un impacto mucho mayor que los barcos del embarque de la fruta. Se debe considerar que ya ha habido denuncias a carabineros por parte de vecinos por los camiones de la fruta cuando hay embarques por la generación de ruidos molestos y eso que tanto el número como frecuencia de estos camiones es mucho menor que la indicada para este Proyecto lo que produciría un gran daño al bienestar y salud por ruidos molestos y afectando además el buen dormir de los vecinos. Este proyecto afectará directamente a todos los habitantes de Caldera por los ruidos molestos que van a aumentar tanto de los camiones como de las propias faenas, se afectará la plusvalía de las casas más cercanas y se afectará gravemente la calidad de vida de sus habitantes.

³ Considerando 11.2 Evaluación técnica de las observaciones ciudadanas, numeral 6. Observación ONG Atacama Limpia, literal a) de la RCA 121/2019 COEVA Región Atacama.

⁴ Considerando 11.2 Respuesta Observación ciudadana, numeral 6. Observación ONG Atacama Limpia, literal a) de la RCA 121/2019 COEVA Región Atacama.

⁵ <https://seia.sea.gob.cl/archivos/2019/11/27/RecursoCMartinez.PDF>

⁶ Res. Ex. N° 202099101432/DIRSEA.

https://seia.sea.gob.cl/archivos/2020/07/02/Res-Puerto_Caldera.pdf

- d) Se solicita se considere que este proyecto en Caldera, afectará una zona de gran valor Paisajístico, Turístico, y Patrimonial con patrimonios como El fuerte Sur, patrimonio histórico, de gran relevancia Nacional y El Anfiteatro donde todos los años se realizan eventos artísticos, además es Patrimonio Cultural de gran valor en cuanto a identidad de Caldera.
- h) Se solicita al Titular considerar que antes de la instalación del muelle de la fruta ya existía una población con casas habitadas todo el año y que este lugar siempre ha sido considerado por la Comunidad como un sector Turístico y residencial. Considerar que cuando se presentó el Proyecto del Embarque de la fruta este fue rechazado por la comunidad.
- k) Se debe considerar que la ubicación de este tipo de industrias molestas que almacenan, trasladan y operan con sustancias peligrosas como el concentrado de cobre no deberían ubicarse tan cerca, a escasos metros de un sector residencial muy poblado por ambos lados. En este lugar de Caldera que siempre fue considerado como turístico residencial no debería existir un Proyecto de tipo Industrial Molesto de Acopio y Embarque de Concentrado de Cobre y con residuos peligrosos propios de la faena que además serán trasladados por plena ciudad y sitios poblados. Esto es un riesgo permanente al que se expone a los habitantes. Sería muy grave y peligroso si hubiera un accidente o derrame.
- q) Se solicita al Titular que considere la ruptura de unión costera entre Caldera y Bahía Inglesa en una misma Comuna, con el gran flujo de camiones con carga pesada interrumpiendo el normal desplazamiento de vehículos y peatones en una Comuna considerada la capital del Turismo Regional y un lugar tranquilo para vivir y descansar y con una ciclovía muy usada y donde el crecimiento poblacional y turístico han unido el centro de Caldera con Loreto y Bahía Inglesa.

Decimocuarto. Así las cosas, se pasará a analizar las principales alegaciones y argumentaciones en contra de la Res. Ex. N°202099101432/2020, que rechaza el recurso de reclamación efectuada por ONG Atacama Limpia en contra RCA N°121/2019.

I. Sobre la correcta evaluación de las emisiones atmosféricas.

Decimoquinto. Para abordar la controversia específica referida a la correcta evaluación de las emisiones atmosféricas, es necesario revisar la normativa aplicable, así como la doctrina y jurisprudencia correspondiente.

Decimosexto. Al respecto, la Ley 19.300 señala en su artículo 10 que los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, deberán someterse al SEIA. En este orden de ideas, los proyectos o actividades enumerados en el ya citado artículo requerirán de la presentación de un EIA, si generan o presentan a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11. En particular el literal a) considera el riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de los efluentes, emisiones o residuos.

Decimoséptimo. Como correlato de lo anterior, es posible traer a colación lo establecido en el Artículo 5 literal a) del DS 40/2012 RSEIA; y por último hacer referencia a la guía “Calidad del aire en el área de influencia de proyectos que ingresan al SEIA” (2015) que entrega lineamientos respecto a los contenidos a considerar en la descripción de la calidad del aire del área de influencia de un proyecto o actividad que se presenta al SEIA, previo a su ejecución, con el objetivo de poder evaluar el impacto de las emisiones a la atmósfera sobre el componente aire y el consecuente riesgo para la salud de población y, en caso de corresponder, justificar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Decimooctavo. Esta guía se complementa con otras guías tanto metodológicas como de criterios publicadas por el SEA, siendo de particular interés para la presente controversia las consideraciones establecidas en la “Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA” (2012) y la “Guía para la Evaluación del Riesgo Para la Salud de la Población en el SEIA” (2012).

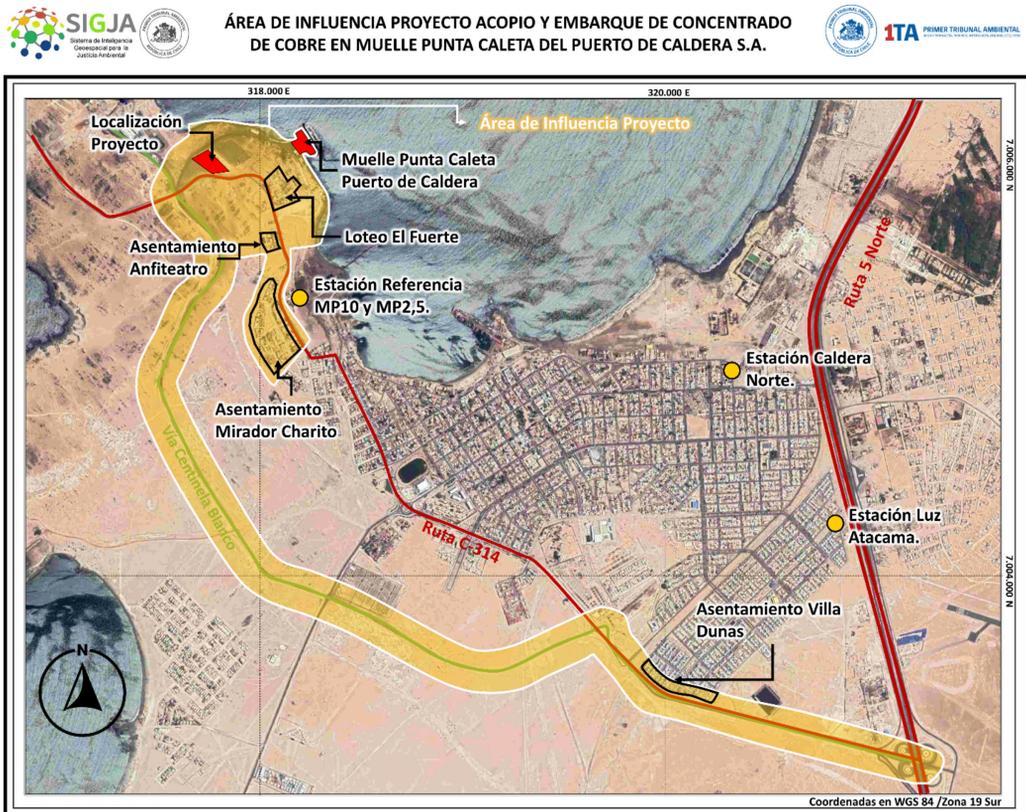
Decimonoveno. De esta manera, con los antecedentes aportados por las partes en la reclamación judicial, así como los tenidos a la vista en la reclamación administrativa, las medidas para mejor resolver de solicitud de informes a servicios públicos y la inspección personal realizada por este Tribunal en fecha 24 noviembre 2020, se procederá a analizar en detalle, las cuestiones de fondo referidas a si se descartó adecuadamente la generación de riesgo para la salud de la población en términos de lo establecido en el artículo 5° del DS 40/2012 y el artículo 11 literal a) de la Ley N° 19.300.

Vigésimo. En primer lugar, este Tribunal analiza si la evaluación de las emisiones atmosféricas fue realizada correctamente, en cumplimiento con la normativa vigente y los propios lineamientos establecidos por el SEA, revisando dos aspectos esenciales en la evaluación.

Vigésimo primero. Un primer punto, sobre las estaciones de monitoreo y la caracterización de la situación base de calidad del aire, donde luego de la revisión exhaustiva de dicho expediente, y en particular del informe “Caracterización Meteorológica y Calidad del Aire, inventario y modelación de emisiones de material particulado”, se evidencia que no se acompañan respaldos elementales que den cuenta de los insumos a que hace referencia la Guía de Calidad del aire en el área de influencia (según se observa en la Figura N° 1) del proyecto, en lo relativo a:

- a) Validez de las mediciones.
- b) Condiciones de instalación y funcionamiento que deben cumplir las Estaciones.
- c) Evaluación y calidad de los datos observados de calidad del aire.
- d) Representatividad de las mediciones (concentraciones medidas en la estación, variaciones temporales, las características topográficas y meteorológicas de la zona, y las fuentes de emisión cercanas, consideraciones en torno a la representatividad de la estación).
- e) Período de datos observados para situación base (1 año mediciones datos válidos igual o mayor al 75% para mediciones continuas, más de 1 año considerar año más desfavorable).

Figura N° 1: Área de Influencia del proyecto Acopio y embarque de concentrado de cobre en muelle Punta Caleta de Puerto Caldera SA.



Vigésimo segundo. Lo anterior, puede entenderse ya que el titular no referencia la Guía en cuestión, siendo el SEA quien trae a colación dicha referencia en el proceso de reclamación administrativa. Para tal efecto, se acompañan respaldos de informes técnicos por parte de SEA, Subsecretaría de Salud Pública y Subsecretaría

de MMA (Memorandum N° 28/2020 SEA; Ord. B32/N°1739/2020 Subsecretaría de Salud Pública y Ord. N° 202137/2020 de la Subsecretaría de medio Ambiente).

Vigésimo tercero. Que, en relación a las estaciones de monitoreo consideradas por el titular del proyecto para configurar la línea de base de emisiones de material particulado y, de esta forma, descartar la afectación a la salud de la población producto de dichas emisiones atmosféricas, se debe precisar que estas son las siguientes: Estación Luz de Atacama, Estación Caldera para MP10 y MP2,5 y Estación Caldera Norte, todas ubicadas fuera del área de influencia planteada para el proyecto, como se observa en la figura N° 1.

Vigésimo cuarto. Que, en relación a la ubicación de las mencionadas estaciones, es conveniente precisar que si bien la Guía en cuestión no exige que dichas estaciones de monitoreo de calidad del aire deban ubicarse necesariamente dentro del área de influencia del proyecto, parece un contrasentido entender lo contrario, toda vez que el alcance de la guía justamente se acota para describir la calidad del aire en el área de influencia del proyecto. Sin embargo, pese a lo antes dicho los OAECAs participantes y el SEA en particular validan la ubicación, representatividad, datos y demás aspectos de las estaciones que se emplazan fuera del área de influencia del proyecto (Estación Caldera para MP 10 y MP 2.5, Caldera Norte y Luz Atacama), para ser considerados como referenciales de Línea Base del proyecto.

Vigésimo quinto. En efecto, el SEA se ampara en diferentes apartados de la guía donde se señala que: “*será la autoridad competente quien establezca en el proceso de evaluación si los datos observados de calidad del aire utilizados son los más adecuados en cada caso*” y “*Será la autoridad competente quien valide en cada caso el período de registro en el cual se basa la información de calidad del aire presentada*”; sin embargo dicho criterio debe estar amparado en la certeza técnico-científica de que dicha información proviene de una fuente válida y que cumple la normativa asociada al DS 61/2008 y sus exigencias técnicas, al menos mínimas definidas por la normativa y de responsabilidad de hacer cumplir por los evaluadores, materia que en caso de autos no se cumple.

Vigésimo sexto. En este mismo orden de ideas el Tribunal evidencia de la guía “Calidad del aire en el área de influencia de proyectos que ingresan al SEIA”, la cual señala “[...]Además, se debe presentar un completo análisis de los datos utilizados, incluyendo el porcentaje de datos válidos y el método de validación. Se debe también especificar el tratamiento de los registros faltantes y datos nulos”. (4. Presentación de la Descripción de la Calidad del Aire; 4.2. Información de las estaciones de monitoreo, pág. 18). “Tabla 1. Ejemplo de presentación de resumen de información mínima sobre estaciones de monitoreo de calidad del aire”.

Vigésimo séptimo. Además, se deben presentar antecedentes que acrediten que las estaciones cumplen con los requisitos de instalación y funcionamiento del DS N° 61/2008, o el instrumento que lo reemplace, y/o con los requerimientos y criterios determinados y aprobados por el organismo competente. Entre estos se encuentran: Inventario de gases Patrón, Registro de chequeo operacional, Equipos colectores, Validación de muestras, Calendario de calibración y mantenciones, Métodos de medición, Reportes de calibración, Validez de la localización, Reportes de mantenciones, Calendario de patrones, etc. Elementos que en lo material no se precisan en la DIA o sus anexos, ni en las Adendas, como tampoco en el ICE y RCA respectiva.

Vigésimo octavo. Que, a mayor abundamiento, en el capítulo 2, Objetivo y Alcance de la Guía, pág. 14, se señala expresamente “*Es responsabilidad de los titulares de los proyectos o actividades entregar toda la información relevante para la evaluación, lo que en definitiva se define en función de las características propias de cada proyecto y del área de influencia*” (énfasis agregado). Lo que para el caso de autos no se cumple a completitud, en específico respecto del numeral 4 (presentación de la descripción de la calidad del aire), solo se presenta parcialmente el estándar numeral 4.4. referido a los gráficos de concentraciones; no así los otros elementos e información relevante solicitada.

Vigésimo noveno. Por otro lado, es la propia Autoridad Sanitaria, a la luz del requerimiento de este Tribunal como medida para mejor resolver, de información para establecer la presencia o no de estaciones meteorológicas asociadas a las estaciones de calidad del aire denominadas: Estación Luz de Atacama, Estación Caldera para MP10 y MP2,5 y Estación Caldera Norte, que en su Ord. N° 11.197 del 22 de octubre de 2020, señala en su punto 1.- “*Las estaciones en específico, por usted indicadas no se encuentran en nuestro registro de estaciones existentes, siendo en la actualidad desconocida su existencia por esta Autoridad*”. Así también, la Autoridad Sanitaria en la inspección personal del Tribunal en Caldera, y en posterior Ord. N° 12.952 del 01 de diciembre de 2020, señala “*Esta Autoridad Sanitaria puede informar que, no posee registros de fiscalizaciones realizadas a las estaciones anteriormente individualizadas a objeto de verificar el cumplimiento del DS 61/08, del mismo*”.

modo no poseemos registros de ingresos de reportes de calidad del aire y meteorología de alguna de las estaciones anteriormente señaladas”, en la ciudad de Caldera.

Trigésimo. Así las cosas, si bien estos sentenciadores entienden el espíritu y exigencias de la normativa y de la guía que orienta dicha presentación y evaluación; se evidencia de los pronunciamientos del SEA y demás OAECAS (en sede recurso administrativo) que no existe total claridad que la RCA impugnada cuente con el debido fundamento y estándar técnico-científico como resultado del proceso de evaluación ambiental según la ley 19.300 y el DS 40/2012 RSEIA, así como de la propias guías referenciadas en el considerando Decimoctavo, como para validar que las estaciones utilizadas para representar la calidad del aire como línea base (por lo demás, fuera del área de influencia generada para el proyecto), sean las idóneas y que permitan descartar razonablemente las exigencias que la ley 19.300 impone en su art. 11 literal a) cuyo sentido es el resguardo de la salud de la población, en este caso de la ciudad de Caldera.

Trigésimo primero. Como un segundo punto, se hace necesario pronunciarse sobre la estimación de emisiones, modelación de dispersión y descarte de la superación de normas de calidad, para lo cual se tendrá presente la “Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA (2012)”.

Trigésimo segundo. Que, respecto a la aplicación de los criterios plasmados en la Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA, se evidencia del Anexo V, Adenda 1 de la DIA “Caracterización Meteorológica y Calidad del Aire, inventario y modelación de emisiones”, numeral 6.4. Características del dominio de modelación y su entorno (Pág. 23), que el titular incumple una serie elementos relevantes para dicha actividad que se resumen en:

- No se presenta adecuadamente en el mapa del área de modelación, no se distingue de ninguna forma la orografía. Se presentan solo unas curvas de nivel en una imagen que a todas luces resulta insuficiente.
- No se señala si aplica o no referencias a cuerpos de agua.
- No se indica fuentes de emisión en el entorno del proyecto.
- No se indica altura y superficie de Estaciones meteorológicas y de calidad del aire disponibles (del titular o terceros).
- Se señala que no se cuenta con estaciones y de calidad del aire propias para la DIA o EIA.
- Respecto de las Estaciones de donde se obtienen los datos observados de calidad del aire para la evaluación, sólo se presentan consideradas en modelación final.
- No se presenta otra información de interés para la evaluación.

Trigésimo tercero. Así mismo, respecto al numeral 6.5. Fuentes de Emisión (Pág. 25) de la Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA (2012), se aprecia una serie de falencias como:

- Presentación de solo promedios de concentraciones, debiendo haber entregado las concentraciones máximas, mínimas y promedios de las emisiones para cada contaminante.
- No se evidencia en el informe las características geométricas de las fuentes de emisión.
- No se adjuntan documentos que respaldan la información, referida a cómo fueron obtenidas las tasas de emisión (estimación, datos del fabricante, medición en una fuente similar, entre otros), ni se adjunta las memorias de cálculo y documentos que respalden la información.
- No se incluye la altura de las edificaciones cercanas al emplazamiento del proyecto.

Trigésimo cuarto. Que, respecto del punto 6.6. Presentación de datos meteorológicos y calidad del aire observados (Pág. 26) de la Guía, se evidencian deficiencias como:

- No se presenta una justificación aceptable ni análisis sobre la representatividad de las mediciones. No se incluye porcentaje de datos válidos de estas mediciones. No se presentan análisis de variaciones de

las concentraciones en función de la meteorología; en referencia al punto 6.6.1. Datos de calidad de aire observados.

- No se indica el método de validación utilizado, ni se detalla el tratamiento de esos registros, la información se presenta sin mayor descripción y solo se despliega a modo referencial en gráficas, en referencia al punto 6.6.2. Datos meteorológicos observados.
- Sobre el punto 6.6.3. Presentación de los datos, solo se presentan parcialmente ciclos diarios de velocidad y dirección del viento, no se incluye nada respecto a humedad relativa. No hay respaldo que den cuenta de los valores observados y modelados para temperatura, velocidad del viento, dirección del viento. No hay un análisis sobre la materia.

Trigésimo quinto. Que respecto al punto 6.7. Presentación de los resultados de la modelación meteorológica (Pág. 31) de la Guía, se evidencia incompletitud de la información, por cuanto no se presentan ciclos estacionales ni series de tiempo de todas las variables meteorológicas relevantes. No se cumple con exigencias de mapas de vientos, donde se presenta 3 gráficas referenciales que no se ajustan a los requerimientos básicos.

Trigésimo sexto. Respecto al punto 6.8. Análisis de datos meteorológicos (Pág. 34), se evidencia que en general el producto entregado no se ajusta al estándar exigido por la guía referenciada, a saber: no existe un análisis riguroso de la meteorología de la zona, se omiten la variable humedad relativa, nada se dice de la validación de los datos meteorológicos monitoreados, no existe un tratamiento estadístico de los datos, no hay métricas de sesgos y nada se dice del análisis de confiabilidad.

Trigésimo séptimo. Respecto al punto 6.9. Presentación de los resultados de la modelación de calidad del aire (Pág. 35), se identifican adecuadamente los receptores y se entrega parcialmente la información de series de tiempo en los términos establecidos por la guía. Sin embargo, no se incorpora la topografía en los mapas de isoconcentración.

Trigésimo octavo. Finalmente, respecto del punto 7. Presentación y análisis de incertidumbre (Pág. 38) referida a “Meteorología de superficie”, donde se debe analizar cómo los errores meteorológicos evaluados pueden tener un impacto en las concentraciones estimadas, ya sea sobre o subestimando los resultados, además se debe considerar toda la información disponible para el análisis. O sea, dicho **análisis debe ser completo, riguroso y objetivo** (énfasis agregado); así como del punto 8. Conclusiones (Pág. 39), se evidencia que las conclusiones del informe no hacen referencia en absoluto respecto a la incertidumbre del modelo, ni si se considera que la modelación sobrestima o subestima las concentraciones.

Trigésimo noveno. Lo anterior es especialmente delicado y preocupante, ya que a la luz de la información del expediente administrativo, judicial y la propia inspección en terreno en Puerto Caldera, se evidenció que existen proyectos aledaños de concentrado de hierro, que están actualmente operando y llevan una data no menor de operación en la zona, tema desconocido para el SEA y quien alude en su análisis que a la fecha de resolver la reclamación, no existen proyectos de acopio y embarque de concentrado de minerales en operación.

Cuadragésimo. Por lo anterior, este Tribunal, respecto a la modelación de calidad del aire, advierte e identifica serias deficiencias respecto de los requisitos básicos exigidos por la “Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA (2012)”, en términos concretos no cumple con un estándar mínimo. Pese a lo anterior, los OECAS no repararon nada sobre el particular, limitándose en la Adenda 1 al requerimiento de tablas resumen para caracterizar las emisiones y los resultados de la modelación de calidad del aire.

Cuadragésimo primero. De esta manera, a juicio de este Tribunal, no existe evidencia suficiente y razonable para justificar de que el proyecto no requiere la presentación de un EIA, en los términos establecido en el artículo 11 literal a) de la Ley 19.300 y del artículo 5° literal a) del DS 40/2012 RESIA. Lo anterior en conformidad con las directrices establecidas en la propia Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Riesgo para la salud de la población en el SEIA (SEA, 2012). Ello, sin perjuicio de que los valores modelados dan cuenta de bajos aportes del proyecto, pero con los reparos referidos a la caracterización y uso de información de estaciones de calidad de aire, que no cumplen con los estándares mínimos, más allá que se encontrarían supuestamente fuera del área de influencia del proyecto; y por tanto, generando incerteza y falencias graves detectadas en la modelación de calidad del aire, e implicando una incertidumbre no tolerable para este análisis y evaluación ambiental, que atañe directamente a proteger la salud de la población de manera preventiva.

Cuadragésimo segundo. Que para estos sentenciadores, llama poderosamente la atención la falta de prolijidad en la revisión de los escasos y erróneos reportes técnicos presentados por el titular, limitándose solo a algunas

referencias de la guía, pero sin obrar un **análisis completo, riguroso y objetivo** por parte de los OAECAs y el SEA, a fin de garantizar a la sociedad y al regulado que se cumplan los estándares mínimos y básicos exigidos respecto de esta componente vital para el descarte del literal a) del artículo 11 de la ley 19.300.

Cuadragésimo tercero. A mayor, abundamiento el Ord. B32/N°1739 de la Subsecretaría de Salud Pública de fecha 19 de mayo de 2020, informa al Director Ejecutivo del SEA que:

- *“b) Al respecto, como se detalla en el punto 3.1.2. del Anexo V, para construir el inventario de emisiones utilizado para la evaluación de calidad del aire en la fase de operación, el proponente consideró dos actividades: a) la resuspensión de polvo por tránsito en caminos no pavimentados y la combustión asociada a la recepción de camiones encarpados (100 camiones/día); y b) la resuspensión de polvo por tránsito en caminos internos no pavimentados y la combustión asociada al tráfico rotativo (12 camiones/hora), desde el galpón al muelle. Esta información, relativa al transporte de concentrados, es la que finalmente fue utilizada para descartar la generación de riesgo para la salud de la población.*
- *d) De esta forma, el análisis presentado asume que producto de las medidas de control consideradas en el proyecto (galpón cerrado con gradiente de presión, contenedores con tapa, uso de neblina seca, etc.), la emisión asociada a la actividad de descarga y posterior carga de concentrados al interior del galpón, su traslado y descarga en el área de embarque, es cero (énfasis agregado).*
- *Sin embargo, se debe considerar que según la Guía EPA utilizada por el proponente, la ecuación usada para estimar las emisiones (pág. 37, Anexo V), tiene un rango de validez para velocidades de viento promedio de 0,6 a 6,7 m/s. Además, la misma guía señala que los movimientos de materiales al interior de silos o galpones, generan corrientes que hacen que los finos se desplacen rápidamente, por lo que, el cálculo efectuado de las emisiones del galpón, debería haber considerado al menos el límite inferior del rango de validez de la velocidad (énfasis agregado).*
- *f) En este contexto, considerando la relevancia que podrían tener estas fuentes en el inventario de emisiones, debido a las toneladas de concentrado que se proyecta mover en esta área (600.000 t/año); desde un punto de vista técnico, el análisis en materia de calidad del aire, además de considerar las emisiones de material particulado y gases generadas por el transporte, debería haber incorporado la que podría ser la fuente principal de emisión de material particulado del proyecto, esto es, la descarga y carga de concentrados al interior del galpón, con las respectivas medidas de control propuestas, en un escenario real de operación, y en base a ello, haber estimado las emisiones atmosféricas de interés del proyecto, modelando la dispersión de material particulado, determinando así el aporte en la condición más desfavorable” (énfasis agregado).*

Cuadragésimo cuarto. Lo anterior, evidencia a este Tribunal, que existe una deficiencia en la consideración de los elementos y actividades que aportan al inventario de emisiones, el que es utilizado para alimentar los modelos de dispersión de contaminantes y evaluar el impacto del Proyecto, asumiendo el titular y el SEA que tanto, la operación del concentrado de cobre en el galpón de acopio, como el embarque en los buques graneleros, tiene emisiones cero, cuestión que escapa a la realidad, cuando hay información que ambos sistemas no son completamente estancos y herméticos, existiendo un porcentaje de fuga de material (material particulado fugitivo) en dichas actividades, que no fue considerado ni evaluado en el proceso de evaluación ambiental, lo que a juicio de estos sentenciadores, viola el principio preventivo, e induce a un error material al justificar sin información validada e incierta que se descartan los efectos, características y circunstancias del artículo 11 a) de la ley 19.300, no considerando actividades y efectos críticos y centrales en el proceso de evaluación.

Cuadragésimo quinto. Lo anterior, es relevante y grave, ya que indirectamente da a entender que la determinación del área de influencia del proyecto ha sido mal determinada por el titular y no advertida y corregida en el proceso de evaluación ambiental, lo que genera un nivel de incertidumbre no tolerable para la rigurosidad que se exige a este tipo de procesos, menos aún respecto del descarte de los riesgos o potenciales afectaciones a la salud de la población de Caldera.

Cuadragésimo sexto. Por lo anteriormente analizado, estos sentenciadores acogerán las alegaciones esgrimidas por la reclamante, en torno a la falta de una correcta evaluación de las emisiones atmosféricas.

II. Sobre la correcta consideración de los efectos sinérgicos.

Cuadragésimo séptimo. Para abordar la controversia referida a la correcta consideración de los efectos sinérgicos, señala la ley 19.300 en su artículo 2° literal h bis) *“Efecto Sinérgico: aquel que se produce cuando*

el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente”; que para efectos de este análisis este Tribunal tiene a bien asociarlo al concepto de Impactos Acumulativos (“IAc”), como se detallará más adelante.

Cuadragésimo octavo. Por su parte, el DS 40/2012 RSEIA referido a esta temática indica en su artículo 18 e.11 *“Los proyectos o actividades que cuenten con Resolución de Calificación Ambiental vigente, aun cuando no se encuentren operando. Para estos efectos, se considerarán todos los proyectos o actividades que se relacionen con los impactos ambientales del proyecto en evaluación, contemplando los términos en que fueron aprobados dichos proyectos o actividades, especialmente en lo relativo a su ubicación, emisiones, efluentes y residuos, la extracción, explotación o uso de recursos naturales renovables autorizados ambientalmente y cualquier otra información relevante para definir la línea de base del Estudio de Impacto Ambiental”*.

Cuadragésimo noveno. Así mismo, el literal f) del artículo 18 del RSEIA señala en su párrafo 2: *“(…) La evaluación del impacto ambiental consistirá en la determinación de si los impactos predichos constituyen impactos significativos en base a los criterios del artículo 11 de la Ley y detallados en el Título II de este Reglamento. Cuando corresponda, la predicción y evaluación de los impactos ambientales se efectuará considerando el estado de los elementos del medio ambiente y la ejecución del proyecto o actividad en su condición más desfavorable”*. Y finalmente señala que *“Para la evaluación de impactos sinérgicos se deberán considerar los proyectos o actividades que cuenten con calificación ambiental vigente de acuerdo a lo indicado en el literal e.11 anterior”*.

Quincuagésimo. Que, sobre esta temática, la doctrina señala *“Si bien la legislación actual no alude explícitamente a los impactos acumulativos, en las disposiciones citadas tanto en la Ley N°19.300 (artículo 2° letra h) bis y artículo 11 ter) como en el Reglamento del SEIA (literales e.11) y f) del artículo 18), se deduce la necesidad de considerarlos, en armonía con el principio preventivo (énfasis agregado). Más aún, cuando de forma implícita, los IAc sí han sido incorporados, dado que sobre la base de diferentes autores (Ocampo 2014; Johnson 2016; Walker e Irrazábal 2016; Walker 2016), los impactos o efectos sinérgicos no son otra cosa que un tipo de impacto acumulativo⁷. Es así como el artículo 2° letra h) bis de la Ley N°19.300, define efecto sinérgico”*.

Quincuagésimo primero. Que pese a que la obligatoriedad de considerar la sinergia, entendida como un tipo de impacto acumulativo, se encuentra especificada dentro de los contenidos mínimos de un EIA, marginando a las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) de esta discusión metodológica, análisis de este tipo son necesariamente empleados en todo tipo de proyectos, incluyendo el proyecto de Puerto Caldera, tal como se dejó en evidencia anteriormente, independiente de su vía de ingreso es necesario según corresponda, incorporar el análisis de los efectos sinérgicos en la evaluación ambiental de proyectos que comparten el territorio con otros ya aprobados o en funcionamiento y que cuenten con RCA aprobadas.

Quincuagésimo segundo. Que lo anterior, es particularmente sensible, al punto que el inciso final del artículo 11 de la Ley N°19.300 señala que para efectos de evaluar sus literales a) y b) (riesgo para la salud de la población y efectos adversos significativos sobre recursos naturales), se deberá considerar lo establecido en las normas de calidad y emisión vigente y, ante su ausencia, las normas de referencia vigentes en los estados señalados por el Reglamento del SEIA. Así, como ante la necesidad de descartar el fraccionamiento de proyectos a que alude el artículo 11 bis de la misma ley, en donde también se debe considerar un análisis de efectos aditivos o sinérgicos.

Quincuagésimo tercero. Todo lo anterior, implica un inevitable análisis del proyecto en evaluación con el resto de proyectos o actividades en su entorno, debido a que son todos en conjunto quienes contribuyen a incrementar las concentraciones ambientales o a superar los límites normativos o ciertos umbrales, contribuyendo a un impacto aditivo o acumulativo sobre el componente en análisis. Lo anterior fue refrendado por el Segundo Tribunal Ambiental en fallo Rol N°22-2014, referido al Decreto Supremo N°20/2013⁸, y confirmado por la Excelentísima Corte Suprema (Rol N°1.119-2015).

Quincuagésimo cuarto. En esta misma línea, el fallo Rol N°147-2017 del Segundo Tribunal Ambiental, referido al proyecto Edificio Toro Mazotte evaluado a través de una DIA, señaló que el impacto acumulativo puede ser definido como *“la suma total de cada uno de los efectos parciales de las distintas fuentes identificadas en el área*

⁷ Revista Técnica SEA, N°2-Julio 2020. Disponible en https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2020/07/15/2_revista_tecnica.pdf

⁸ Segundo Tribunal Ambiental, Rol N°22-2014, de 16 de diciembre de 2014, considerando septuagésimo séptimo.

⁹ Segundo Tribunal Ambiental, Rol N°147-2017, del 30 de enero de 2019, considerando trigésimo.

¹⁰ Corte Suprema, Rol N°7610-2019, del 6 de diciembre de 2019, considerando trigésimo primero.

de influencia del proyecto”⁹. Reforzando lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema en sentencia Rol N°7610-2019, ha señalado que “dicho concepto no se encuentra precisado en la Ley ni en el Reglamento vigente, sin embargo, resulta inherente a la evaluación ambiental puesto que dicho análisis debe incluir la suma total de cada uno de los efectos parciales de las distintas fuentes identificadas en el área de influencia del proyecto. Entenderlo de otra manera, importaría que la DIA careciera de trascendencia y dejaría de cumplir el rol que el ordenamiento jurídico le ha encomendado”¹⁰.

Quincuagésimo quinto. Para estos sentenciadores, sobre la evaluación de impactos sinérgicos o acumulativos en materia de emisiones atmosféricas, se advierte en la sección 4.1.1.7. de la DIA sobre Proyectos previos con RCA, en las áreas laterales, inmediatamente colindantes con el sector de emplazamiento del galpón y obras complementarias del proyecto de Puerto Caldera S.A., donde se han aprobado 8 proyectos, todos asociados al embarque de hierro por muelle Punta Caleta. Señalándose, que en la actualidad y desde el año 2014 no se embarca mineral de hierro por Muelle Punta Caleta y que los titulares de estos proyectos mantuvieron contratos con Puerto Caldera S.A. para el uso de muelle y/o servicios portuarios de la misma.

Quincuagésimo sexto. Del informe en particular y de todo el expediente administrativo, no se advierte que la modelación haya considerado las emisiones más desfavorables de otros proyectos aprobados cercanos al área portuaria y el galpón de acopio. Al respecto, habría que consignar que los 8 proyectos referidos son los detallados por el titular en el numeral 4.1.1.7 de la DIA, donde se indica que en su mayoría están con su vida útil finalizada y algunos que hacían referencia al almacenamiento de hierro en canchas, no están operativas y definitivamente desmanteladas a partir del año 2013.

Quincuagésimo séptimo. Esta situación crítica, llama la atención a estos sentenciadores, toda vez que en la visita inspectiva realizada con fecha 24 de noviembre de 2020 al sector de emplazamiento del proyecto en Puerto Caldera, se evidenciaron operaciones de concentrado de hierro, incluyendo un extenso acopio en lugar abierto (fotografía N° 1) y sin mediar mayores medidas de confinamiento o contención más que una malla de sombra deteriorada, y con una técnica de humectación manual con manguera de media pulgada por un operario.

Fotografía N° 1: Cancha de acopio y operaciones de concentrado de hierro en Puerto Caldera.



Fuente: Primer Tribunal Ambiental.

Quincuagésimo octavo. Así mismo, se evidenció que el proceso de transporte de dicho material es en camiones encarpados, no herméticos y con serias deficiencias para evitar el material fugitivo de concentrado de hierro; de igual manera, el carguío al buque granelero se realiza mediante el sistema spreader de volteo montado en grúas del buque granelero, con acercamiento de camiones con bateas abiertas cubiertas sólo por una carpa (fotografía N° 2) y evidenciándose material fugitivo presente en las propias carrocerías de camiones, piso del muelle y falda protectora (“babero”) que pende del buque granelero, cuyo propósito es recibir el material que cae hacia el costado del buque y potencialmente al mar, como se puede apreciar en la fotografía N° 3.

Fotografía N° 2: Camiones con concentrado de hierro mediante bateas abiertas cubiertas con carpa a espera de embarque.



Fuente: Primer Tribunal Ambiental.

Fotografía N° 3: Material fugitivo presente en el piso del muelle y faldas protectora del buque granelero.



Fuente: Primer Tribunal Ambiental.

Quincuagésimo noveno. De igual manera, se evidenció en la visita inspectiva una fila de más de una veintena de camiones cargados con concentrado de hierro y cuya carga sólo estaba cubierta con carpas (no herméticas) estacionados (fotografía N° 4) en la ruta acceso a proyecto (Vía Centinela Blanco) a escasos 250 metros de la población más cerca, con algunas de dichas carpas en evidente deterioro, supuestamente a la espera de poder disponer dicho material en la cancha de acopio ya señalada o bien directamente al buque granelero que estaba en espera de ser cargado en dicha ocasión.

Fotografía N° 4: Fila de camiones cargados con concentrado de hierro en ruta acceso a proyecto por vía Centinela Blanco.



Fuente: Primer Tribunal Ambiental.

Sexagésimo. Que para estos sentenciadores, lo anterior es una clara evidencia de las deficiencias que presenta la evaluación ambiental, donde la falta de rigurosidad analítica y preventiva, no advirtió la inclusión de dichas actividades productivas, incluyendo el transporte de concentrado de minerales en camiones encarpados (no herméticos), canchas de acopio abiertas, sin protección contra el viento imperante en la costa, y sin un debido manejo y confinamiento del concentrado en el acopio; como así mismo, del proceso de embarque de concentrado, donde se advierte la abundante existencia de material fugitivo en dicho proceso; todo lo cual no fue considerado, ni forma parte del inventario de fuentes aportantes de material particulado en los modelos predictivos, generando un nivel de incertidumbre en la evaluación, que no logra sopesar los riesgos para la salud de la población de Caldera, en los términos planteados por el titular.

Sexagésimo primero. Que, por lo precedentemente analizado, estos sentenciadores acogerán la alegación referida a la falta de una debida consideración de los efectos sinérgicos asociados al proyecto Puerto Caldera SA.

III. Sobre la correcta evaluación de las emisiones de ruido.

Sexagésimo segundo. Para abordar la controversia referida a la correcta evaluación de las emisiones de ruido, nos remitiremos a las normativas ya referenciadas en Ley 19.300 y del DS 40/2012 RSEIA sobre la temática de evaluación del área de influencia del proyecto, así como la evaluación del descarte de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de ley, que en su literal a) considera el riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de los efluentes, emisiones o residuos. Como correlato de lo anterior, es posible traer a colación lo establecido en el Artículo 5 letra b) del DS 40/2012 RSEIA, que se refiere expresamente a la superación de los valores de ruido establecidos en la normativa ambiental vigente. En el caso de autos, la controversia versa en particular sobre sobre la correcta evaluación de la norma de emisión de ruidos generados por fuentes fijas (DS 38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente referida a las emisiones de ruidos).

Sexagésimo tercero. Que, en relación a las normas de emisión el artículo 2 literal o) de la LBGMA las define como aquellas “que establecen la cantidad máxima permitida para una contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”.

Sexagésimo cuarto. La doctrina ha señalado que las normas de emisión “constituyen uno de los instrumentos más eficaces para la protección del medio ambiente”. Se añade que este tipo de regulación corresponden a un “típico instrumento de comando y control, el que sólo alcanza la finalidad de protección ambiental en la medida que el parámetro de contaminación contenido en la norma sea realmente protector del medio ambiente [...]”. (Bermúdez, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. 2ª Edición. p. 227).

Sexagésimo quinto. En materia de emisiones de ruido, el referido Decreto 38, que establece normas de emisión de ruidos generados por fuentes que indica, señala en su artículo 1º que su objetivo es “proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido generados por las fuentes emisoras de ruido” que dicho Decreto establece. A su turno, el artículo 4º del mismo Decreto 38 expresa lo siguiente: “Los límites máximos permisibles de ruido establecidos en la presente norma también serán aplicables al funcionamiento de dispositivos en viviendas y edificaciones habitacionales. En caso que dos o más dispositivos funcionen simultáneamente, se considerará la emisión conjunta de éstos”.

Finalmente, y en lo pertinente, en el artículo 6 N° 19 del Decreto 38 define al receptor como “toda persona que habite, resida o permanezca en un recinto, ya sea en un domicilio particular o en un lugar de trabajo, que esté o pueda estar expuesta al ruido generado por una fuente emisora de ruido externa”.

Sexagésimo sexto. Que de la revisión del expediente administrativo se advierte en el Anexo VIII de la DIA “Estudio de Evaluación Ruido Proyecto” que se presentan los puntos representativos de potenciales receptores de ruido y las mediciones de ruido basal, cuyos resultados se comparan con los límites máximos permitidos para cada receptor, en conformidad a lo dispuesto en la normativa vigente, según el DS 38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente.

Sexagésimo séptimo. En cuanto a los receptores sensibles considerados para la evaluación de ruido, se muestra su ubicación en la figura 1 del Anexo II de la Adenda Complementaria, donde se advierte que la determinación de los puntos receptores tiene por objetivo contar con puntos de referencia en la modelación que permitan predecir si se generan efectos significativos sobre la salud de la población, en toda el área de influencia definida para el proyecto.

Sexagésimo octavo. Según se señala en el expediente, las modelaciones se realizaron considerando el escenario más desfavorable, o sea, todas las fuentes de ruido funcionando de manera simultánea y sin incluir las medidas de atenuación del galpón, lo que implica la operación conjunta de la etapa de recepción de concentrado con la etapa de carga y embarque del mismo; las que en la práctica, a diferencia de lo esgrimido por el SEA y el tercero coadyuvante, si podría producirse, al margen que sean actividades independientes.

Sexagésimo noveno. Se evidencia, que en el considerando 8.3 de la RCA, se señala el compromiso ambiental voluntario, sobre realización de talleres semestrales de comunicación de resultados de estudios de seguimiento de ruidos, material particulado y medio marino, el cual aplicará durante la fase de operación y cierre, y consiste en un taller semestral informativo, en un lugar de fácil acceso para la comunidad, con el fin de informar adecuadamente a la comunidad los resultados de seguimiento ambiental. Complementariamente, se establecen medidas de control, como el cierre perimetral con OSB (2,44 m) pintado y sobre cierre en malla rachel de 1 m.

Septuagésimo. Que, del análisis del expediente administrativo y judicial, se aprecia aparentemente que no existe riesgo para salud de la población, en cuanto a que no se superan los límites normativos, ya que los niveles de presión sonora proyectados cumplen con los límites normativos del DS 38/2011 tanto para el período diurno como nocturno, en cuanto a los criterios de homologación de zonas (Zona III asociada al Plan Regulador Comunal de Caldera), aspectos metodológicos, calibración y certificación de equipos, entre otras materias.

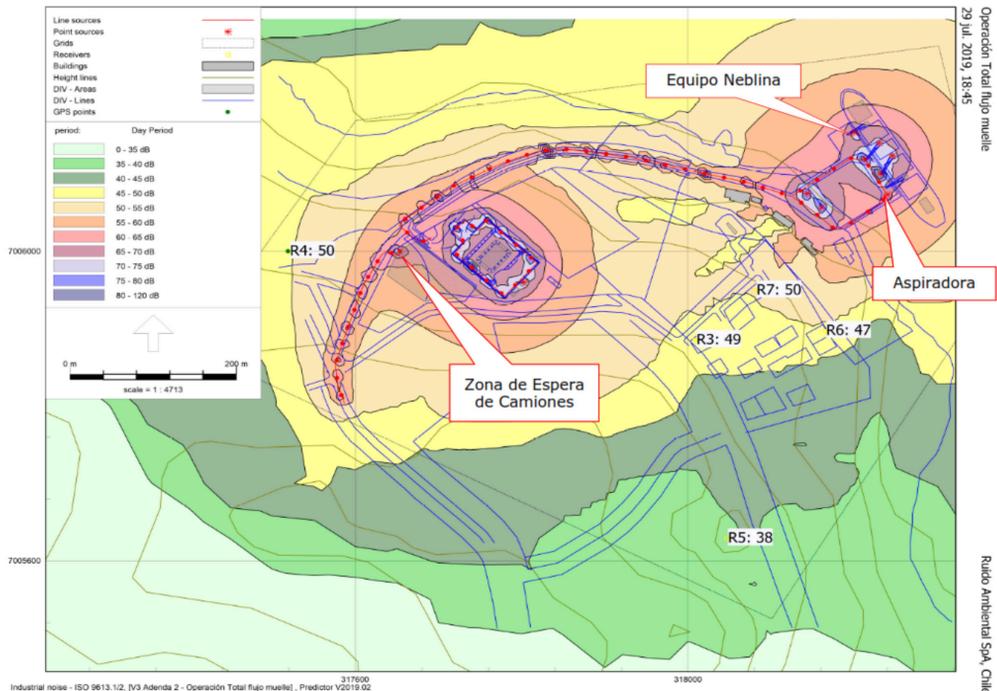
Septuagésimo primero. Con todo, en lo relativo a la evaluación del medio humano en el área de influencia del proyecto, y del análisis del expediente administrativo y judicial, como de la inspección personal realizada por el Tribunal, se aprecia que efectivamente hay 3 sectores que señala el estudio del medio humano conocidos como: Sector Anfiteatro, mirador de Charito y Villa Las Dunas. Luego, el sector controvertido denominado por el reclamante como Punta Caleta estaría dentro de la denominación que se le dio al Sector Anfiteatro y por lo tanto considerado en la evaluación ambiental del proyecto.

Septuagésimo segundo. Se advierte que la preocupación del reclamante versa por no haber considerado como receptor un punto cercano (90 metros en Punta Caleta donde se emplaza el hotel Boutique Ckamur), sin embargo, la modelación sí considera como receptor de interés al citado hotel referenciándolo a una distancia estimada de 180 m (Receptor 3), como se advierte en la figura N° 2.

Septuagésimo tercero. Por lo anterior, el receptor aludido, si se encuentra dentro del área de influencia de la modelación (junto con otros receptores ubicados a distancias más cercanas), donde se cumple el nivel sonoro estipulado por la normativa (50 dB(A) día y 65 dB(A) noche), aunque con claras evidencias que los receptores R3, R4, R6 y R7 están al límite normativo diurno.

Figura 2: Mapa de Ruido y NPS estimado en la fase de Operación.

Figura 8. Mapa de ruido y NPS estimados – Fase de Operación.



Fuente: Primer Tribunal Ambiental en base a figura 8 de Anexo II de la DIA.

Septuagésimo cuarto. Así mismo, en el Anexo XV (punto 3.4. Área de Influencia del Proyecto, Páginas 19 y siguientes), se justifica las áreas de influencia en función a zonas que puedan estar sometidas a algún tipo de efecto durante la etapa de construcción y operación principalmente, siendo el flujo de vehículos un tema relevante. Sin embargo, el transporte de concentrados no forma parte del proyecto, según el Titular, pero sí insuma esta actividad para efectos de lo relativo a la calidad el aire y medio humano.

Septuagésimo quinto. Sin embargo, llama la atención a estos sentenciadores, la definición del área de influencia del proyecto respecto de la componente ruido asociado a las partes y actividades críticas del proyecto, no siendo consistente con la interacción de los tres procesos más relevantes del mismo, a saber el embarque, acopio de concentrado en galpón y el transporte galpón-muelle, como de traslado hacia el galpón de acopio, que pese este último no ser parte del proyecto, si se pondera el tránsito de camiones por las rutas de acceso, pese a ello, no se evidencia un mayor análisis y ponderación de la zona de espera de camiones, como de aquellos que potencialmente se deben estacionar en la ruta de acceso al puerto, sea por espera de descarga al galpón o bien por contingencias o emergencias potenciales.

Septuagésimo sexto. Lo anterior, es constatado por este Tribunal en la inspección personal realizada en la zona, como se señaló en considerandos previos, donde se advierte dicha situación. De igual manera, no queda claro si existe evaluación de ruidos potenciales generados por otros proyectos en la zona y que pueden contar con RCA aprobadas, ello al margen que al momento de la evaluación de este proyecto, no estuviesen en operación, y en la lógica de la ponderación las emisiones de ruido como efectos sinérgicos hacia poblaciones cercanas al sector Anfiteatro y Mirador Charito por la ruta C-314.

Septuagésimo séptimo. Con todo lo ya señalado y de la revisión del estudio técnico a que hace referencia el Anexo II de la DIA previamente individualizado en la presente controversia, se advierte por parte de este Tribunal que el mismo se acota respecto de las condiciones más desfavorables respecto de la fase de construcción (punto 6.2. Niveles Fase de Construcción) y operación del proyecto (Punto 6.3. Niveles Fase de Operación), insumando

en esta última fase solamente la llegada de camiones de concentrado y el proceso de embarque. Es decir, no es un estudio que se haga cargo de lo señalado en el considerando anterior.

Septuagésimo octavo. Respecto de su línea base (punto 4) referencia a los receptores sensibles y de manera genérica menciona las fuentes de ruido, no reparando con total claridad si se hace cargo o no la interacción de los tres procesos más relevantes del mismo y que se señalaron en el considerando septuagésimo quinto. Parece razonable entonces inferir por parte de estos sentenciadores que en un escenario actual y con proyecto, el estudio para justificar la no afectación por emisiones de ruido sobre la salud de la población en el área de influencia resulta ser insuficiente.

Septuagésimo noveno. Que dado el análisis precedente, estos sentenciadores respecto de la alegación sobre la correcta evaluación de las emisiones de ruido, son del parecer de acogerla dado que la referida observación no ha sido abordada de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación, ya que si bien el estudio y evaluación de las emisiones de ruido se hace cargo de las exigencias metodológicas propias de la normativa, no se cumple con el estándar respecto de considerar íntegramente la totalidad de las fuentes de ruido de otros proyectos que están operando en la zona portuaria y que pueden contar con RCA, así como en el insuficiente abordaje de la línea base y la situación futura sub dimensionada.

IV. Sobre el supuesto fraccionamiento del Proyecto.

Octogésimo. Para abordar la controversia referida al supuesto fraccionamiento del Proyecto, se debe señalar que la ley 19.300 en su artículo 11 bis prohíbe a los proponentes el fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de, a sabiendas, variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Octogésimo primero. En específico, la ley 19.300 en su artículo 11 bis indica *“Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema”*. Lo anterior, en concordancia con las funciones y atribuciones que le asiste a la Superintendencia del Medio Ambiente, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 3 literal k) de la LOSMA (Ley 20.417) que en lo concreto señala: *“Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la ley N° 19.300”*.

Octogésimo segundo. En esta materia la doctrina ha señalado que el fraccionamiento de proyectos constituye “una forma de fraude a la ley en materia de SEIA” que “se produce en aquellos casos en que el titular de un proyecto o actividad lo fracciona a sabiendas, con el objeto de situarlo bajo los umbrales de sometimiento por la vía de un EIA, o bien, para no someterlo en absoluto” (Bermúdez, Jorge. Op. Cit. p. 301).

Octogésimo tercero. Que estos sentenciadores en atención a lo señalado por el SEA referido a que “es una atribución privativa de la Superintendencia del Medio Ambiente el fiscalizar y sancionar las hipótesis de fraccionamiento, y no de las Comisiones de Evaluación o al SEA”, son de la opinión que ello no obsta una actitud preventiva y proactiva del Servicio, en orden a que como ya se mencionó, el inciso final del artículo 11 de la Ley N°19.300 señala que para efectos de evaluar sus literales a) y b) (riesgo para la salud de la población y efectos adversos significativos sobre recursos naturales) debe tener una mirada sistémica e integral de evaluación ambiental del proyecto, ello ante la necesidad de descartar el fraccionamiento de proyectos a que alude el artículo 11 bis de la misma ley, en donde también se debe considerar un análisis de efectos aditivos o sinérgicos; y con ello orientar a los regulados, como velar por la debida protección de la salud de la población, en este caso del Puerto de Caldera.

Octogésimo cuarto. Que, para estos sentenciadores, un punto relevante a distinguir es entre la facultad de fiscalización y sanción de un proyecto fraccionado por parte de la Superintendencia de Medio Ambiente; de aquella facultad preventiva que le atañe al Servicio de Evaluación Ambiental de analizar este supuesto ex ante a objeto de corregir el proceso. Lo anterior tiene relación con la ausencia de información relevante y la completa evaluación de impactos, o de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la ley 19.300.

Octogésimo quinto. En este sentido, es responsabilidad del Estado a través del SEA y de quienes conforman la Comisión de Evaluación Ambiental, velar en todo momento por el cumplimiento de la normativa ambiental

y sectorial vigente, poniendo en atención los principios preventivo, de coordinación de los órganos de Estado, así como el deber constitucional, según el artículo 19 numeral 8° de velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, así como tutelar la preservación de la naturaleza; como del numeral 9° asociado al derecho a la protección de la salud de los habitantes; en este caso particular de la zona de Caldera.

Octogésimo sexto. Que, en lo que respecta a la concurrencia de los supuestos de procedencia del fraccionamiento de proyectos como son, estos sentenciadores advierten del expediente judicial y como respuesta de la SMA a la medida para mejor resolver, según el Ord N° 2944 de fecha 28 de octubre de 2020, que en relación al proyecto "Acopio y embarque de concentrado de cobre en Muelle Punta Caleta", con fecha 24 de septiembre de 2020, la Oficina Regional de Atacama recibió una denuncia de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (en adelante, "DIRECTEMAR") en contra de la empresa Puerto Caldera S.A., registrada bajo el ID 30-111-2020. Luego, con fecha 01 de octubre de 2020, se recepcionó una denuncia ciudadana en contra de la misma empresa, la cual fue ingresada bajo el ID 31-111-2020. Por último, la Superintendencia recepcionó una tercera denuncia en contra de la empresa, proveniente de la Ilustre Municipalidad de Caldera, ingresada bajo el ID 32-111-2020. Las tres denuncias recién mencionadas dicen relación con la supuesta ejecución de actividades por parte del titular sin la correspondiente Resolución de Calificación Ambiental.

Octogésimo séptimo. A su vez, el Oficio antes mencionado da cuenta de otros proyectos y unidades fiscalizables, donde a la luz de múltiples denuncias, se está investigando por la SMA un posible fraccionamiento de proyectos que podrían estar asociados al titular en cuestión. Por esta razón, y pese a estimarse que el Servicio de Evaluación Ambiental se encuentra facultado para analizar dentro de un procedimiento de evaluación ambiental supuestas hipótesis de fraccionamiento de proyectos, estos sentenciadores no emitirán pronunciamiento sobre el fondo de la alegación, en atención a que dicho asunto está siendo conocido actualmente por la Superintendencia de Medio Ambiente. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, en esta materia, los derechos de las partes quedan adecuadamente resguardados ya que eventualmente esta magistratura podría llegar a conocer de lo resuelto por la SMA a través de una futura reclamación judicial, en los términos del artículo 56 de la LOSMA.

Octogésimo octavo. Que en resumen estos sentenciadores, en orden al análisis y ponderación de cumplimiento de la legislación vigente y en particular del Instructivo Oficio Ord. D.E. N° 130528 del SEA, sobre criterios para la debida consideración de las observaciones ciudadanas, detectan deficiencias y vicios de legalidad en orden a que la Resolución Reclamada no cumple como los criterios de completitud y precisión, de forma que si bien se identifican cada uno de los temas planteados en las observaciones por la reclamante, no existe un abordaje íntegro de conformidad con los antecedentes del proceso de evaluación ambiental; así mismo no se cumple con el criterio de autosuficiencia, al entregar una respuesta general e incompleta.

Octogésimo noveno. Por último, no se cumple con el criterio de actualización, en atención a que no se consideraron elementos relevantes en la etapa de reclamación administrativa como el oficio de la Subsecretaría Salud Pública (Ord. B32/N° 1739/2020) que concluye *"la emisión asociada a la actividad de descarga y posterior carga de concentrados al interior del galpón, su traslado y descarga en el área de embarque, es cero"*. Donde continúa señalando que *"la Guía EPA utilizada por el proponente, la ecuación usada para estimar las emisiones, tiene un rango de validez para velocidades de viento promedio de 0,6 a 6,7 m/s. Que los movimientos de materiales al interior de silos o galpones, generan corrientes que hacen que los finos se desplacen rápidamente, por lo que, el cálculo efectuado de las emisiones del galpón, debería haber considerado al menos el límite inferior del rango de validez de la velocidad"* (énfasis agregado).

Nonagésimo. Que por último el citado oficio refuerza que *"considerando la relevancia que podrían tener estas fuentes en el inventario de emisiones, debido a las toneladas de concentrado que se proyecta mover en esta área (600.000 t/año); desde un punto de vista técnico, el análisis en materia de calidad del aire, además de considerar las emisiones de material particulado y gases generadas por el transporte, debería haber incorporado la que podría ser la fuente principal de emisión de material particulado del proyecto, esto es, la descarga y carga de concentrados al interior del galpón, con las respectivas medidas de control propuestas, en un escenario real de operación, y en base a ello, haber estimado las emisiones atmosféricas de interés del proyecto, modelando la dispersión de material particulado, determinando así el aporte en la condición más desfavorable"* (énfasis agregado).

Nonagésimo primero. Que, para estos sentenciadores, en lo relativo al transporte de Concentrados, es relevante mencionar que: 1) En función de los antecedentes revisados y analizados, no se advierte que se esté utilizando la mejor tecnología disponible para el transporte. Lo anterior considerando, por ejemplo, directrices técnicas

establecidas por diferentes actores, establecidas en proyecto de Ley (Número Boletín 10629-12) que se encuentra en segundo trámite constitucional.

Nonagésimo segundo. Así las cosas, existe un nivel de incertidumbre y riesgo en la evaluación ambiental, con evidentes anomalías en la definición del área de influencia del proyecto, como de la estipulación y cálculos del inventario de emisiones de contaminantes al aire, y de la modelación de la calidad del aire; que atenta directamente con el descarte del literal a) del artículo 11 de la Ley 19.300 asociado a la salud de la población, ya que el riesgo a la salud también es inherente a las características contaminantes y/o toxicológicas intrínsecas de los concentrados de cobre en general.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600; Ley N°19.300; Ley N°19.880, y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Acoger la Reclamación de autos interpuesta, en orden a dejar sin efecto e invalidar la Resolución Exenta N°202099101432 de fecha 16 de junio del 2019 del Director Ejecutivo del SEA; así como la RCA N° 121/2019 de la Comisión de Evaluación de Copiapó, sólo por los motivos señalados en la presente sentencia, ordenándose al Titular reingresar su proyecto al SEIA por la vía de un Estudio de Impacto Ambiental.
- II. No condenar en costas al Servicio de Evaluación Ambiental y tercero coadyuvante, por tener motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

Rol N° R-37-2020

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Eric Sepúlveda Casanova.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a seis de abril de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-1-2017

“Andes Iron SpA. con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Andes Iron SpA.
- Reclamado(s): Comité de Ministros del Servicio de Evaluación Ambiental.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamante: 248 personas de la Comuna de La Higuera, el Sindicato de Trabajadores Independientes de Pescadores Artesanales de Totalillo Norte, y la Asociación Gremial Minera de La Higuera.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Oceana Inc., la Sra. Javiera Espinoza Jara y el Sr. Juan Pablo Sanguinetti Mendoza.
- Tercero(s) independiente(s): Movimiento en Defensa del Medio Ambiente de La Higuera, Comité de Aguas Potable Rural Los Choros, Asociación de Pequeños Propietarios Agrícolas de Los Choros, Asociación Gremial de Mariscadores y Pescadores de Los Choros, los Srs. José Zarricueta Campusano, Andrés Álvarez Alcota, Ernesto Fredes Aguirre y otros.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

La Sociedad Andes Iron SpA reclamó en contra de la resolución del SEA que decidió rechazar el recurso administrativo deducido en contra de la resolución que calificó ambientalmente desfavorable el estudio de impacto ambiental del proyecto “Dominga”, ubicado en la Región de Coquimbo; y que, a su vez, acogió los reclamos por observaciones no debidamente consideradas durante la evaluación ambiental.

La reclamación se fundamentó en una serie de ilegalidades y arbitrariedades en el actuar del Comité de Ministros y de la resolución impugnada que la tornarían en ilegal. En específico, se indica que dicho acto adolecería de manifiesta falta de fundamentación, se infringiría el principio de congruencia, contrariedad e igualdad ante la ley; así como que la evaluación efectuada por el Comité de Ministros fue deficiente, descontextualizada e incompleta, al extraer de su análisis la conclusión de supuesta insuficiencia de la información presentada y deficiencias en la evaluación de los impactos del proyecto. Por ello, solicitó al tribunal anular la resolución y declararla contraria a la normativa vigente.

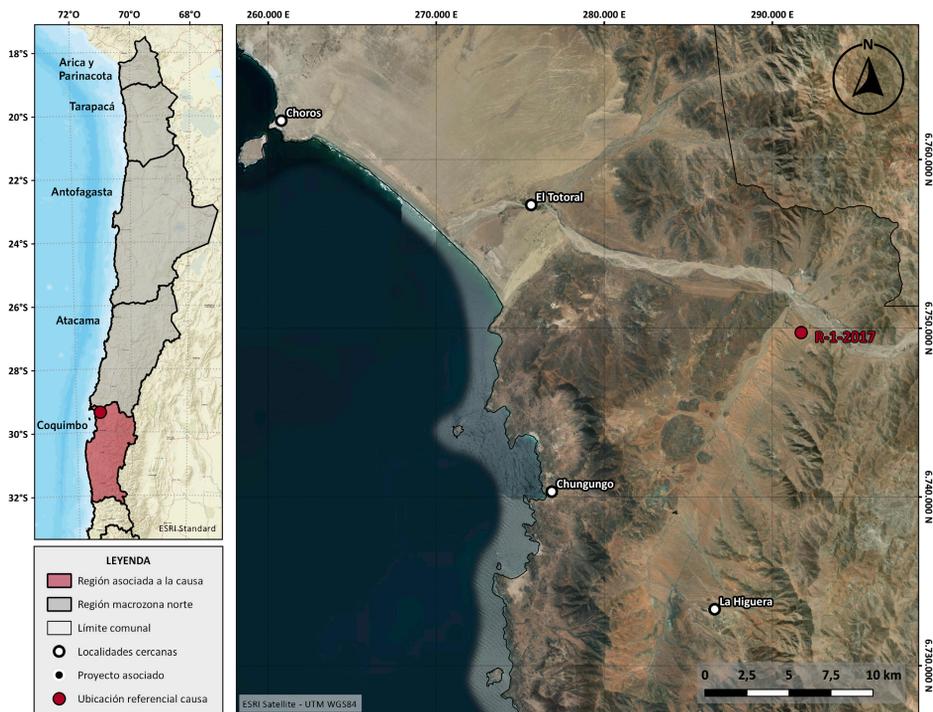
Por su parte, el SEA señaló que la Comisión de Evaluación actuó dentro de sus facultades legales al realizar una calificación diferente a la recomendada en el informe consolidado de evaluación (ICE). Su rechazo se centró, principalmente, en la insuficiencia de la línea de base del medio marino para las rutas de navegación, de las medidas de compensación, de la evaluación de los impactos del proyecto y de la evaluación de los efectos sinérgicos.

En la sentencia, el Tribunal atendido la existencia de diversos vicios de forma que resultaban ser esenciales, acogió la reclamación, ordenando retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la etapa posterior al informe consolidado de evaluación de manera que se proceda a una nueva votación por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo.

En contra de dicha sentencia, se interpusieron diversos recursos de casación en la forma y en el fondo, resolviéndose en definitiva dejar sin efecto la sentencia impugnada y ordenó al Tribunal volver a conocer los hechos de la causa, pronunciándose esta vez sobre el fondo del asunto debatido, vinculados al carácter completo de los antecedentes del proyecto y su evaluación, así como a los argumentos técnicos esgrimidos por el Comité de Ministros para rechazar el proyecto.

Así las cosas, al conocer el asunto, el Tribunal en su sentencia nuevamente acogió la reclamación pronunciándose sobre el fondo del asunto, ordenando retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la etapa posterior al ICE de manera que se procediera a una nueva votación por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Principales controversias

- i. Sobre el supuesto carácter completo de los antecedentes del proyecto y evaluación del mismo.
- ii. Sobre la revisión de los argumentos técnicos que fundaron el rechazo del proyecto.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. En cuanto al supuesto carácter completo de los antecedentes del proyecto y su evaluación, se consideró la completitud y suficiencia de la información presentada en la línea base del medio marino y respecto a las rutas de navegación del proyecto.

Así, la completitud de la información de la línea de base del medio marino se apreció en los estudios de campo o de terreno que abarcaron distintas estaciones y años, permitiendo describir y caracterizar la extensión de mar del área de influencia del proyecto y las relaciones existentes entre sus distintas especies.

A su vez, se estimó que el Comité de Ministros yerra en ponderar la abundante cantidad y calidad de los antecedentes aportados para acreditar la suficiencia de la línea base del medio marino. También, no se habría hecho cargo de la medida voluntaria de la Casa del Mar, la que implementada correctamente podía morigerar o eliminar los riesgos ambientales del proyecto.

- ii. Sobre los argumentos técnicos que fundaron el rechazo del proyecto, los sentenciadores no comparten el razonamiento del Comité de Ministros, ya que se apreció una suficiencia de la línea de base del medio marino, incluidas las rutas de navegación; no acreditándose un desequilibrio

entre los impactos y medidas, ni tampoco un insuficiente análisis de los efectos sinérgicos del proyecto.

Además, el tribunal determinó que existió un trato desigual en relación a las exigencias establecidas para el proyecto Cruz Grande, habiendo similitud entre ambos proyectos.

- iii. Por otro lado, se agregó que las preocupaciones formuladas a través de observaciones ciudadanas fueron debidamente resueltas, habiéndose evaluado adecuadamente el plan de cierre del proyecto y no evidenciándose cambios significativos en las condiciones físico-químicas del área ni afectación de importancia a la biodiversidad existente en las AMERB y sectores aledaños.

Además, no se habría considerado en forma adecuada por el Comité de Ministros la significancia del impacto por material particulado sedimentable, y no se evidenció una insuficiencia de las áreas de exclusión propuestas por el titular.

- iv. En cuanto a la medida de compensación para el impacto en el proceso de nidificación del pingüino Humboldt, el Tribunal reconoció la insuficiencia de la medida, sin embargo, lo anterior no podía derivar en el rechazo del proyecto, existiendo alternativas para abordar la problemática. En el mismo sentido, se mandató a que se complemente la información y que se evalúe adecuadamente los impactos de colisión de aves con las barreras eólicas, así como complementar la información en relación a los impactos del ruido en la fauna marina.

- v. Por último, el tribunal concluyó que los antecedentes presentados eran completos según los estándares existentes a la época de su evaluación, y que si bien existen puntos que el titular debe complementar, aquellos pueden realizarse en el marco del proceso de evaluación. A su vez, recalcó que, aprobado el proyecto, puede la autoridad administrativa establecer las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para su ejecución.

6. Estado de la sentencia

Se interpusieron diversos recursos de casación en la forma y en el fondo por terceros independientes y coadyuvantes de la parte reclamada, actualmente en tramitación ante la Corte Suprema, en la causa Rol N° 36.972-2021.

SENTENCIA

Antofagasta, dieciséis de abril de dos mil veintiuno

VISTOS:

1. Con fecha uno de diciembre de dos mil diecisiete, los abogados Sres. Patricio Leyton Florez y Marcelo Olivares Cabrera, domiciliados en calle Cerro El Plomo N°5630, piso 19, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, en representación de Andes Iron SpA. (“El Reclamante” o “Compañía” o “el Titular” o “la Empresa” o “Dominga” o “el Actor”), Sociedad Giro Minero RUT 76.097.759-4, interpusieron ante este Tribunal, reclamación conforme a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”) y el art. 17 N°5 de la Ley N°20.600 que Crea los Tribunales Ambientales (“Ley N°20.600”) o (“LTA”), en contra de la Resolución Exenta N°1146/2017 (“Resolución 1146” o “Res. Ex. N° 1146”), de fecha 13 de octubre de 2017, del Director Ejecutivo (S) del Servicio de Evaluación Ambiental y Secretario del Comité de Ministros (“SEA” o “Servicio” o “Reclamada” u “Organismo”), que ejecuta el acuerdo del Comité de Ministros (“CM” o “Comité”), como asimismo en contra de dicho acuerdo (Acuerdo N°08/2017), en adelante “la Resolución Reclamada”, en contra de la Resolución Exenta N°0025/2017 (“Resolución 0025” o “Res. Ex. N° 0025”) de 14 de marzo de 2017, de la Comisión de Evaluación Ambiental (“en adelante COEVA”) de la Región de Coquimbo, respectivamente, y en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, representado por el Sr. Juan Cristóbal Moscoso Farías, abogado, domiciliado en calle Miraflores N° 222 piso N° 19, Santiago.

Por medio de la Resolución Reclamada, el Director Ejecutivo (S) del SEA, en su calidad de Secretario del Comité de Ministros (“CM”), ejecutó el acuerdo N°08/2017 (“Acuerdo”) de dicho Comité que rechazó el previo recurso de reclamación interpuesto por el Titular en contra de la Resolución 0025, de la (“COEVA”), que calificó ambientalmente de manera desfavorable el Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) del proyecto Dominga (“el Proyecto” o “Dominga”) y acogió parcialmente los cuatro recursos de reclamación interpuestos en el marco de la participación ciudadana (“Reclamaciones PAC” o “PAC”).

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado:

2. De los antecedentes administrativos presentados en estos autos por el Reclamante, consta que:

a) El Proyecto "Dominga" considera la construcción y operación de un proyecto minero y portuario, de extracción y procesamiento de hierro con cobre como subproducto, el cual abarca desde la extracción de mineral hasta el embarque de concentrado para comercialización, incluyendo todos los procesos e instalaciones asociadas. El Proyecto se divide en tres sectores denominados Dominga, Lineal y Totoralillo.

b) El Proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”), con fecha 13 de septiembre del año 2013, mediante un EIA. Con fecha 9 de marzo, la COEVA rechazó el Proyecto. Con motivo de este rechazo se interpuso recurso de reclamación administrativa ante el Comité de Ministros, con fecha 2 de mayo de 2017 en contra de la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) N°25/2017.

c) Asimismo, fueron interpuestos 4 recursos de reclamación administrativa, en los términos del art. 29, en relación con el art. 20 de la Ley N°19.300 (reclamaciones PAC).

d) Con fecha 13 de octubre de 2017, el Comité de Ministros mediante Resolución Exenta 1146/2017 rechazó el recurso de reclamación del Titular del proyecto y acogió los recursos de reclamación interpuestos por los observantes de la participación ciudadana en aquellas materias que se alega no se consideró debidamente sus observaciones.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs.1 y siguientes, Andes Iron SpA. presentó reclamación ante este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley N°19.300 LBGMA y el art. 17 N°5 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en

contra de la Resolución Exenta N°1146, de fecha 13 de octubre de 2017, del Director Ejecutivo (S) del Servicio de Evaluación Ambiental y secretario del Comité de Ministros.

Por medio de la Resolución Reclamada, el Director Ejecutivo (S) del SEA, en su calidad de Secretario del Comité de Ministros, ejecutó el acuerdo N°08/2017 de dicho Comité que rechazó el previo recurso de reclamación interpuesto por el Titular en contra de la Resolución Exenta N°0025 de fecha 14 de marzo de 2017, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, que calificó ambientalmente de manera desfavorable el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Dominga y acogió parcialmente los cuatro recursos de reclamación interpuestos en el marco de la participación ciudadana.

En definitiva, solicitó admitir a trámite el recurso de reclamación judicial, acogerlo en todas sus partes y en definitiva, declarar que la Resolución Exenta N°1146 de 13 de octubre de 2017, del Director Ejecutivo (S) del SEA, Secretario del Comité de Ministros, así como su acuerdo fundante (Acuerdo N°08/2017) del mismo Comité de Ministros, y la Resolución Exenta N°0025 de 14 de marzo de 2017, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo (Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto Dominga) no resultan conformes a las normas administrativas, legales y constitucionales; anularlas totalmente, ordenando retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la etapa posterior a la dictación del Informe Consolidado de Evaluación del Proyecto Dominga, de modo que la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo lo califique nuevamente, en atención al mérito del expediente de evaluación ambiental o, en subsidio, a la etapa que el Tribunal estimare adecuada de modo de subsanar los vicios alegados en la reclamación.

Además, se acompañaron los siguientes documentos:

1. Copia acta de sesión ordinaria N°05/2017 del CM.
2. Copia oficio ordinario N°0070 del 23 de junio de 2017, director ejecutivo del SEA en el que informa al tenor del recurso de reclamación interpuesto por Andes Iron.
3. Copia Resolución N°1146 de fecha 13 de octubre de 2017 del CM.
4. Copia Resolución Exenta. N°106 de fecha 29 de enero del 2016 del CM que resolvió PCG.
5. Copia sentencia 31 de mayo de 2017 del 2TA.
6. Copia memorándum 0011/2015 de la directora Regional del SEA de Coquimbo informa sobre recurso de reclamación EIA Proyecto PCG del 4 de mayo de 2015.
7. Copia del acuerdo marco para el desarrollo humano productivo y ambiental de la comuna de la Higuera.
8. Copia análisis del impacto económico del Proyecto Dominga.

A fs. 531, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la Reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 de la Ley N°20.600.

A fs.538 y siguientes, el Servicio de Evaluación Ambiental evacúa informe solicitando el rechazo de la reclamación con costas, e indicando los siguientes argumentos de hecho y derecho:

Que, el Proyecto en cuestión ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con fecha 13 de septiembre del año 2013, mediante un Estudio de Impacto Ambiental.

Que, con fecha 9 de marzo, se efectuó la Sesión Ordinaria de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo, en la cual se efectuó la votación que tuvo como resultado el rechazo del Proyecto. En este orden de ideas, el Servicio indicó que con fecha 14 de marzo de 2017, la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo resolvió calificar ambientalmente desfavorable el Proyecto, mediante la Resolución Exenta N°25. Con motivo del rechazo del Proyecto, fue interpuesto por el Titular del Proyecto, recurso de reclamación, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley N°19.300, con fecha 2 de mayo de 2017, en contra de la RCA N°25/2017.

Asimismo, fueron interpuestos recursos de reclamación administrativos, en los términos del art. 29, en relación con el art. 20, de la Ley N° 19.300 reclamación resuelta con fecha 3 de mayo de 2017, por la Dirección Ejecutiva del SEA, mediante Resolución Exenta N° 439, en que se pronunció acogiendo a trámite el recurso de reclamación interpuesto por el Titular del Proyecto. Luego, con fecha 11 de mayo de 2017, la Dirección Ejecutiva del SEA, mediante Resolución Exenta N° 472, se pronunció acogiendo a trámite el recurso de reclamación interpuesto por el señor don Cristóbal Díaz de Valdés. Por último, con fecha 26 de mayo de 2017, la Dirección Ejecutiva

del SEA, mediante Resolución Exenta N°532, se pronunció acogiendo a trámite tres recursos de reclamación interpuestos por i) doña Alejandra Donoso Cáceres, en representación de un grupo de personas jurídicas; II) por don Diego Lillo Goffreri y don Nelson Pérez Aravena, en representación de un grupo de personas jurídicas, y por don Ezio Costa Cordella y doña Victoria Belemmi Baeza, ambos en representación de OCEANA INC.

Ante tales reclamaciones interpuestas, con fecha 13 de octubre de 2017, el Comité de Ministros (indistintamente "CM"), mediante Resolución Exenta N° 1146 (en adelante "Res. Exenta N° 1146/2017"), resolvió rechazar el recurso de reclamación del Proponente y acoger los recursos de reclamación interpuestas por observantes de Participación Ciudadana, en aquellas materias que no se consideró debidamente sus observaciones.

En definitiva, la parte Reclamada solicitó rechazar en todas sus partes la reclamación de autos, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho con expresa condena en costas.

Además, se acompañaron los siguientes documentos:

1. Copia simple de la Resolución Exenta N°689, de fecha 26 de mayo de 2016, del Secretario del CM, el Director Ejecutivo del SEA, que Modifica y Refunde El Estatuto Interno de Organización y Funcionamiento del Comité de Ministros.
2. 110 archivadores que incluyen copia del expediente administrativo original del procedimiento de evaluación ambiental del Proyecto "*Dominga*", rechazado mediante la RCA N° 25/2017, de la Comisión de Evaluación de Coquimbo.
3. Un disco duro, el cual contiene archivos que son parte integrante del expediente administrativo original del procedimiento de evaluación ambiental del Proyecto "*Dominga*", rechazado mediante la RCA N° 25/2017, de la Comisión de Evaluación de Coquimbo, los cuales solo tienen formato en soporte digital. Se acompañó bajo el apercibimiento del art. 348 bis del Código de Procedimiento Civil.
4. Certificado de autenticidad del expediente administrativo individualizado en los números 2 y 3 precedente.
5. DVD que incluye copia de expediente administrativo asociado al recurso de reclamación administrativo presentado ante el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental respecto a la RCA N° 25/2017. Se acompañó bajo el apercibimiento del art. 348 bis del Código de Procedimiento Civil.
6. Certificado de autenticidad del expediente administrativo individualizado en el número precedente.

A fs. 644 y 645, el Tribunal tuvo por evacuado dentro de plazo el informe respectivo, citando a las partes a una audiencia de percepción documental para el día 04 de enero de 2018 a las 17:00 horas.

A fs.652, con fecha 04 de enero de 2018 a las 17:00 horas en las dependencias del Primer Tribunal Ambiental, se desarrolló audiencia de percepción documental. El acta que dio fe de dicha audiencia, fue firmada por los abogados asistentes, por la parte Reclamante Sr. Patricio Leyton y Sr. Marcelo Olivares y por la parte Reclamada, la Sra. Yordana Mehse y Sra. Daniela Luza. El Magistrado que presidió dicha audiencia fue el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, autorizando dicha acta el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Claudio F. Gandolfi.

A fs. 654 y siguientes, se presentó informe de Amicus Curiae de acuerdo al art. 19 de la Ley 20.600, por parte de la abogada Sra. Mónica Astorga Gutiérrez, en representación de los Dres. Armando Mujica Retamal, Marcel Ramos Quezada, Muriel Ramírez Santana, Guillermo Luna Jorquera, Katherina Brokordt Guzmán y Carlos Gaymer García, el cual trata sobre evidencia científica de la relevancia ecológica y pesquera del sector costero de la comuna de La Higuera.

A fs. 694 y siguientes, se presentó informe de Amicus Curiae de acuerdo al art. 19 de la ley 20.600 por parte de la abogada Sra. Patricia Araya Lucero, en representación del Dr. Sr. Andrés Moreira Muñoz, el cual trata sobre la preocupación respecto de la protección del interés general en la preservación de la biodiversidad, en la protección de un área geográfica con características de "*hotspot*" y, en específico, en la necesidad de proteger la flora endémica del lugar. A fs. 726 el Tribunal resolvió tener por presentada la opinión de *Amicus Curiae*.

A fs. 732 y siguientes, los abogados Sr. Ezio Costa Cordella, Sra. Victoria Belemmi Baeza y Sra. Javiera Calisto Ovalle comparecen en calidad de tercero coadyuvante de la parte Reclamada, en representación de Oceana Inc., solicitando a este Tribunal los tenga como parte en estos autos con dicha calidad, en atención a la probada calidad de interesados de Oceana Inc., del interés general de quienes realizan la presentación en el resultado de la litis y en atención al interés concordante con la parte actora. A fs. 746, el Tribunal los tuvo como Terceros coadyuvantes.

A fs. 747 y siguientes, la abogada Sra. Alejandra Donoso Cáceres comparece en calidad de tercero independiente, en representación de Andrés Álvarez Alcota, del Movimiento en Defensa del Medio Ambiente de la Higuera, Comité de Agua Potable Rural los Choros y de la Asociación de Pequeños Propietarios Agrícolas de Los Choros, solicitándole a este Tribunal los considere como tal y mantenga el rechazo del proyecto tomando en consideración las observaciones, razones y argumentos planteados por la parte interesada. A fs. 755, el Tribunal resolvió tenerlos como Terceros independientes.

A fs. 756 y siguientes, los abogados, Sr. Diego Lillo Goffreri y el Sr. Nelson Pérez Aravena, comparecen como tercero independiente en representación de la Asociación Gremial de Mariscadores y Pescadores de los Choros, José Zarricueta Campusano y de Ernesto Fredes Aguirre, solicitándole a este Tribunal los tenga en dicha calidad ordenando en la sentencia definitiva que:

1. Se mantenga la decisión de calificación desfavorable del proyecto “Dominga” contenida en la Resolución Exenta N°1146, reclamada en estos autos.
2. Que este Tribunal dé cuenta de las infracciones que afectan de manera esencial al procedimiento de evaluación ambiental y que motivan, por lo tanto, su rechazo incluso más allá de lo resuelto por el Comité de Ministros; y
3. Que lo anterior se haga en razón de las observaciones ciudadanas y posteriores reclamaciones administrativas de sus representados, las que no fueron debidamente consideradas por la autoridad ambiental.

A fs. 778, el Tribunal resolvió tenerlos como Terceros independientes.

A fs. 779 y siguientes, el abogado Sr. Patricio Leyton en representación de Andes Iron SpA, por la parte Reclamante, solicitó a este Tribunal, tener presente en relación con el Informe del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de fs. 538 y siguientes, lo siguiente:

- I. Las amplias facultades del Comité de Ministros como principal argumento contenido en el informe del SEA: Amplio no sinónimo de ilimitado o absoluto.
- II. Actuación ilegal y arbitraria del Comité de Ministros.
 - II.1. Facultades del Comité de Ministros no pueden ejercerse sin limitación alguna.
 - II.2. Vicios en el actuar del Comité de Ministros en la revisión de los recursos de reclamación del Proyecto Dominga, que no pueden ser excusadas en base a sus amplias facultades.
 - II.2.1. De la citación a la sesión al Comité de Ministros: Citación extemporánea.
 - II.2.2. Falta de calificación de la emergencia de la citación.
 - II.2.3. El silencio no es una situación de emergencia.
 - II.2.4. Cambio de la tabla del Comité de Ministros u orden del día sin la debida formalidad.
 - II.2.5. Abstención del señor Ministro de Economía.
 - II.2.6. Votación de los señores Ministros sin el debido conocimiento del Proyecto.
 - II.2.7. Recepción de informes relevantes sin contradictoriedad.
 - II.2.8. Falta de fundamentación del acuerdo y la Resolución Reclamada.
 - II.2.9. Convalidación de vicio esencial.
 - II.2.10. Admisión de los recursos sin agravio.
 - II.2.11. Desviación de fin o poder.
- III. Discriminación arbitraria.

Además, la misma parte Reclamante acompañó en el primer otrosí de su presentación, dos informes en derecho correspondientes a los Sres. Cristian Maturana Miquel y Jaime Jara Schnettler respectivamente. A fs. 896 el Tribunal tuvo presente lo solicitado por el Reclamante y acompañados con citación los documentos pertinentes.

A fs. 897 y siguientes, el abogado Sr. Juan Pablo Sanguinetti Mendoza comparece en calidad de tercero coadyuvante de la parte Reclamada, en representación de Cristóbal Díaz de Valdés Cifuentes, solicitándole a

este Tribunal los tenga como parte en estos autos con dicha calidad. A fs. 936, el Tribunal resolvió tenerlos como Terceros Coadyuvantes y por acompañados con citación los documentos pertinentes.

A fs. 939, el Tribunal resolvió tener por presentada la opinión de Amicus Curiae de fs. 654 y siguientes de la abogada Sra. Mónica Astorga Gutiérrez.

A fs. 940 y siguientes, el abogado Sr. Juan Pablo Escudero Toro comparece en calidad de tercero coadyuvante de la parte Reclamada, en representación de la Sra. Marcela Rey González y del Sr. Andrew Fry Carey, solicitándole a este Tribunal los tenga como parte en estos autos con dicha calidad, debido a que sus representados efectuaron observaciones a la Adenda N°3 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Dominga”, las cuales fueron acogidas parcialmente por la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Coquimbo y posteriormente ratificadas por el Comité de Ministros. A fs. 959, el Tribunal resolvió tenerlos como Terceros Coadyuvantes y por acompañados los documentos pertinentes.

A fs. 960 y siguientes, el abogado Sr. Ezio Costa Cordella, tercero coadyuvante de la parte Reclamada en representación de Oceana Inc., solicitó a este Tribunal tener presente una serie de consideraciones de hecho y de derecho que indicó en su presentación. Además, el Sr. Abogado Ezio Costa Cordella acompaña un Informe sobre “Proyecto Minero-Portuario Dominga: Consideraciones ambientales de los impactos en el medio marino” de la Dra. Fernanda Salinas Urzúa. A fs. 1110 este Tribunal lo tuvo presente y por acompañados los documentos solicitados.

A fs. 1113 y siguientes el abogado Sr. Fernando Roco Pinto comparece en calidad de tercero coadyuvante de la parte Reclamante, en representación de 248 personas de la Comuna de la Higuera, quienes solicitan que se les tenga en la causa con dicha calidad y que se acoga la reclamación deducida por Andes Iron SpA., en todas sus partes. A fs. 1374, el Tribunal resolvió tenerlos como Terceros Coadyuvantes y por acompañados con citación los documentos adjuntos a su presentación.

A fs. 1375 y siguientes, el abogado Sr. Diego Lillo Goffreri como tercero independiente, solicitó a este Tribunal tener presente lo siguiente:

- I. Los motivos para la desestimación de la reclamación de autos.
- II. Los motivos para la confirmación de la decisión de rechazo.

Además de lo anterior, el primer otrosí de su presentación, el abogado Sr. Lillo Goffreri, promueve excepción de extemporaneidad en contra de la reclamación de autos. A fs. 1435 el Tribunal tiene presente lo indicado por el tercero independiente y respecto a la excepción presentada, se indica que se resolverá en la sentencia definitiva.

A fs. 1436 y siguientes, la parte Reclamante representada por el abogado Sr. Patricio Leyton Florez, solicitó a este Tribunal tener presente algunas consideraciones técnicas en relación al informe presentado por el Servicio de Evaluación Ambiental de fecha 27 de diciembre de 2017, las que consisten en:

- I. Las consideraciones técnicas del informe confirman la falta de motivación de la Resolución Reclamada.
- II. Revisión de los argumentos del informe respecto de los aspectos técnicos.
- II.1. La línea de base de medio marino en las rutas de navegación, efectos sinérgicos y desequilibrio entre impactos y medidas: Falacia de petición de principio.
- II.2. Impacto en el recurso hídrico luego del cierre del Sistema de Captación y devolución de aguas desde el rajo Sur: falta de comprensión acerca de la naturaleza de los proyectos mineros y de las medidas de protección del recurso hídrico de Dominga.
- II.3. Supuestos impactos en el mar: La revisión de los informes de los OAECA en su contexto no permite concluir dichos impactos.
- II.4. Impacto por aporte de material particulado sedimentable: Condición basal de saturación no implica que este sea significativo.
- II.5. Medida de compensación adecuada para el impacto en el proceso de nidificación del Pingüino de Humboldt: nuevos argumentos y falta de análisis del expediente.
- II.6. Impacto de barreras eólicas en avifauna: nunca discutido en la evaluación y vulneración al principio de contradictoriedad.

- II.7. Áreas de exclusión son suficientes: reconocimiento de omisiones en la Resolución Reclamada y contradicciones a la misma.
- II.8. Impacto acústico de los buques en la fauna marina: desconocimiento del Proyecto impidió entender que se encontraba evaluado adecuadamente.

Además de lo anteriormente expuesto, el Titular de la reclamación acompañó en dicha presentación, informe técnico elaborado por el Dr. Pablo Marquet llamado “Análisis comparativo de los EIA asociados al Proyecto Dominga y al Proyecto Puerto Cruz Grande en relación al medio marino”. A fs. 1542, el Tribunal tuvo presente lo anterior y por acompañados con citación los documentos.

A fs. 1543 y siguientes, el abogado Sr. Raúl Pelen Baldi comparece en calidad de tercero coadyuvante de la parte Reclamante, en representación del Sindicato de Trabajadores Independientes de Pescadores Artesanales de Totoralillo Norte, solicitándole a este Tribunal los considere como tal y acoja en todas sus partes la reclamación judicial deducida por el Titular. Cabe agregar, que este tercero coadyuvante en un otrosí de su presentación, acompañó el Acuerdo de Cooperación para el Desarrollo Portuario, Humano, Productivo y Ambiental de Totoralillo Norte entre Andes Iron SpA. y el Sindicato de Trabajadores Independientes de Pescadores Artesanales de Totoralillo Norte, Socios y Comunidad de Totoralillo Norte. A fs. 1604, el Tribunal resolvió tenerlos como Terceros Coadyuvantes y por acompañados con citación los documentos aludidos.

A fs. 1605, la abogada Sra. Javiera Calisto Ovalle comparece renunciando al patrocinio de Oceana Inc., y posteriormente a fs. 1607, comparece la letrada en calidad de Tercero Coadyuvante de la parte Reclamada, en representación de Javiera Espinoza Jara solicitándole a este Tribunal le otorgue dicha calidad. A fs. 1606 el Tribunal tuvo presente la renuncia al patrocinio y a fs. 1614 la tuvo como Tercero Coadyuvante.

A fs. 1615 y siguientes, comparece el abogado Sr. Juan Pablo Sanguinetti Mendoza como Tercero Coadyuvante de la parte Reclamada, solicitándole a este Tribunal tener presente algunas consideraciones de hecho y de derecho acerca de que se rechace la reclamación judicial interpuesta por el Titular en todas sus partes y se confirme el acuerdo del Comité de Ministros que mantuvo el rechazo del proyecto y en subsidio, se ordene retrotraer la evaluación ambiental del proyecto hasta la etapa previa a la dictación del Informe Consolidado de Evaluación Ambiental (en adelante “ICE”). Además, en el primer otrosí acompaña los siguientes documentos:

1. Los principios del Derecho Ambiental. Italo Volante Gómez y Javier Vergara Fisher.
2. Descripción General de los modelos del software Visual Plumes, V.1.1. sobre el proyecto MEDVSA “Desarrollo e implementación de una metodología para la reducción del impacto ambiental de los vertidos de salmuera procedentes de las plantas desaladoras”.
3. Extracto Informe Final Proyecto FIP 2014-27 “Determinación de metodologías para el desarrollo de estudios de línea de base y seguimientos ambientales en ambientes marinos según grado de impacto”.

El Tribunal, a fs. 1674 tuvo presente y por acompañados con citación, los documentos pertinentes.

A fs. 1676 y siguientes comparece el abogado Sr. Carlos Claussen Calvo en calidad de Tercero Coadyuvante de la parte Reclamante, en representación de la Asociación Gremial Minera de la Higuera, solicitándole a este Tribunal los considere como tal y acoja en todas sus partes la reclamación judicial deducida por el Titular. A fs. 1738, el Tribunal resolvió tenerlo como Tercero Coadyuvante.

A fs. 1739 y siguientes, la parte Reclamante representada por el abogado Sr. Patricio Leyton Florez, solicita a este Tribunal tener presente algunas consideraciones de hecho y de derecho en relación al informe de Amicus Curiae presentado a fs. 658 por la abogada Sra. Mónica Astorga Gutiérrez. A fs. 1793 el Tribunal resolvió tenerlo presente.

A fs. 1795 y siguientes, el Tercero Independiente representado por la abogada Sra. Alejandra Donoso Cáceres solicita al Tribunal tener presente las siguientes consideraciones:

- I. Sobre la naturaleza y procedencia de las alegaciones de esta parte.
- II. Sobre la legalidad de la resolución que rechazó el Proyecto Dominga y la que acogió parcialmente las reclamaciones PAC deducidas.
- III. Sobre los fundamentos jurídicos que refuerzan la necesidad de rechazar el Proyecto y no fueron considerados por el Comité de Ministros.

- A. El bien jurídico protegido.
- B. Línea de base “dinámica”.
- C. Principio precautorio.

Además, la letrada en el primer otrosí de su presentación, acompañó “Informe Minero Portuario Dominga: Consideraciones ambientales sobre los impactos en el medio terrestre” realizado por la Dra. Fernanda Salinas Urzúa. A fs. 1861 el Tribunal resolvió tenerlo presente y por acompañados los documentos con citación.

A fs. 1866 y siguientes, el Tercero Coadyuvante de la parte Reclamada representada por el abogado Sr. Ezio Costa Cordella acompañó los siguientes documentos:

1. Informe sobre medida de compensación “Pérdida del Proceso de nidificación de Pingüino de Humboldt realizado por el Dr. Guillermo Luna Jorquera.

A fs. 1889, el Tribunal resolvió por tenerlos por acompañados.

A fs. 1890 y siguientes, el Tercero Coadyuvante de la parte Reclamada representada por la abogada Sra. Javiera Calisto Ovalle, solicitó a este Tribunal tener presente las consideraciones de hecho y de derecho que realiza en relación a la reclamación judicial interpuesta por Andes Iron SpA. respecto al Proyecto Dominga. A fs. 1935, el Tribunal resolvió tenerlo presente.

A fs. 1936 y siguientes, la parte Reclamante representada por el abogado Sr. Marcelo Olivares Cabrera, solicita a este Tribunal tener presente algunas consideraciones de hecho y derecho en relación a las presentaciones realizadas a fs. 747, 757, 1375, 1615 y 1795 por los Terceros Coadyuvantes e Independientes. A fs. 1940, el Tribunal resolvió tenerlo presente.

A fs. 1941 y siguientes, el Tercero Coadyuvante de la parte Reclamada representada por el abogado Sr. Juan Pablo Escudero Toro, solicitó a este Tribunal tener presente algunas consideraciones de hecho que respaldan y justifican la decisión adoptada por el Comité de Ministros. A fs. 1984 el Tribunal resolvió tenerlo presente.

A fs. 1985 y siguientes, la parte Reclamante representada por el abogado Sr. Marcelo Olivares Cabrera, solicitó a este Tribunal tener por acompañado estudio realizado por la organización sin fines de lucro Sustainable Development Strategies Group, titulado “*Evaluation of Dominga Project Community Development Agreement*”, de fecha 18 de enero 20018, con el objeto de presentar una evaluación independiente del “Acuerdo Marco para el Desarrollo Humano, Productivo y Ambiental de la Comuna de la Higuera”. A fs. 2097, el Tribunal los tuvo por acompañados bajo el apercibimiento del art. 347 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil.

A fs. 2098 y siguientes, consta que este Tribunal se constituyó los días 23, 24 y 25 de enero de 2018 en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa.

A fs. 2099 y siguientes, se deja constancia de los alegatos realizados por la parte Reclamante, Sr. Patricio Leyton Florez, la parte Reclamada Sr. Andrea Gallyas Ortiz y, además, de la intervención realizada por los Terceros Coadyuvantes de la parte Reclamante, Sr. Fernando Roco Pinto, Sr. Raúl Pelen Baldi y Sr. Carlos Claussen Calvo, de los Terceros Coadyuvantes de la parte Reclamada, Sr. Ezio Costa Cordella, Sr. Juan Pablo Sanguinetti Mendoza, Sr. Juan Pablo Escudero Toro y Sra. Javiera Calisto Ovalle y, además, de la intervención realizada por los Terceros Independientes Sr. Diego Lillo Goffreri y Sra. Alejandra Donoso Cáceres.

A fs. 2358 y siguientes, este Tribunal dictó sentencia en anterior vista, la que en definitiva resolvió:

- I. Rechazar la excepción de extemporaneidad interpuesta a fojas 1936 por el abogado Sr. Diego Lillo Goffreri en su calidad de Tercero Independiente en representación de la Asociación Gremial de Mariscadores y Pescadores de Los Choros; José Aliro Zarricueta Campusano y Ernesto Alfonso Fredes Aguirre, en contra de la reclamación de autos;
 - II. Acoger la reclamación interpuesta por Andes Iron SpA; a fojas 1 y siguientes en estos autos;
 - III. Anular la Resolución Exenta N°1146, de 13 de octubre de 2017, del Director Ejecutivo (S) del SEA, secretario del Comité de Ministros; Acuerdo N°08/2018 del Comité de Ministros; y, Resolución Exenta N°0025 de 14 de marzo de 2017, de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo;
-

- IV. Ordenar retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la etapa posterior al Informe Consolidado de Evaluación, de manera tal que se proceda a una nueva votación –esta vez ajustada a derecho- de parte de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo.
- V. No se condena en costas a los litigantes, por estimarse que tuvieron motivo plausible para litigar.

Que, habiéndose recurrido de casación, con fecha 26 de septiembre de 2019, la Excma. Corte Suprema anula la sentencia, dictando sentencia de reemplazo que resolvió: I.- Se rechaza el segundo capítulo de la reclamación deducida por Andes Iron SpA, vinculado a la denuncia de vicios formales en la tramitación de las reclamaciones administrativas y en el pronunciamiento del Comité de Ministros. II.- El Primer Tribunal Ambiental, a través de Ministros no inhabilitados, conocerá y decidirá el fondo del asunto debatido, vinculado a las materias respecto de las cuales se omitió pronunciamiento, esto es, el carácter completo de los antecedentes del proyecto y la estricta evaluación ambiental del mismo y la refutación de los antecedentes técnicos esgrimidos por el Comité de Ministros para rechazar el proyecto “Dominga”.

A fs. 2612 y siguientes, consta oficio de la Corte Suprema a este Primer Tribunal Ambiental en donde consta la devolución de autos con fecha 01 de octubre de 2019.

A fs. 3049, el Tribunal resolvió a sus antecedentes, el oficio N°28427/MMO de la Excelentísima Corte Suprema, dictándose el cúmplase atendido a lo dispuesto en el art. 174 del Código de Procedimiento Civil.

A fs. 3050, el Relator de la causa certifica el estado de relación de acuerdo a lo dispuesto en el art. 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales.

A fs. 3087 y siguientes, mediante presentación de escrito de fecha 24 de octubre del 2020, El Sr. abogado Carlos Claussen Calvo, en representación del Tercero Coadyuvante Asociación Gremial Minera de La Higuera, solicita al Tribunal Ambiental tener presente las consideraciones expuestas, en relación con la evaluación ambiental del Proyecto Dominga como la Resolución Reclamada y dejar sin efecto la mencionada resolución, retrotrayendo el procedimiento. Además, acompaña a su presentación los siguientes documentos con citación:

1. Copia Lista de socios de "Asociación Gremial Minera de La Higuera, en la cual consta la calidad de socia de la empresa minera reclamante Andes Iron SpA, RUT N° 76.097.759-4.
2. Listado de Concesiones Mineras de Exploración y de Explotación del distrito de La Higuera incluidas en el "Registro Nacional de Concesiones Mineras" dependiente del Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), actualizadas al 18 de febrero del año 2020.
3. Imagen del área del distrito minero de La Higuera, en el Catastro de Concesiones Mineras dependiente del Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), <http://catastro.sernageomin.cl/>, impresa el 21 de febrero de 2020.
4. Ejemplar del diario "El Día", de fecha 21 de diciembre de 2019, cuyo Titular es "LA HIGUERA: CONSULTA REVELA APOYO A PROYECTOS MINEROS" y su respectivo artículo en la página 16.
5. Ejemplar del diario "La Región de Coquimbo", de fecha 26 de enero de 2020, cuyo Titular es "EN LA HIGUERA CONFÍAN EN DOMINGA" y su respectivo artículo en la página 09.

A fs. 3205, Proveyendo presentación de fs. 3087, el Tribunal resuelve téngase presente, y por acompañados con citación.

A fs. 3209 y siguientes, El Sr. abogado Fernando Rocco Pinto, mediante presentación de escrito de fecha 27 de febrero del 2020, solicita al Tribunal Ambiental tener presente las consideraciones expuestas en relación al Proyecto. Además, acompaña a su presentación el siguiente documento:

1. Nueve ejemplares de la Obra "Red de Áreas Protegidas Pingüino de Humboldt", propuesta de Fundación Melimoyu al Ministerio del Medio Ambiente 2019.

A fs. 3371, Proveyendo presentación de fs. 3209, el Tribunal resuelve, téngase presente.

A fs. 3374, proveyendo la presentación de fs. 3209, resuelve téngase presente, y al otrosí téngase por acompañado con citación y custódiese por el Sr. Secretario Abogado del Tribunal.

A fs. 3375 y siguientes, mediante presentación de escrito de fecha 28 de febrero del 2020, en representación de Andes Iron SpA , el Sr. abogado Patricio Leyton Florez, solicita al Tribunal Ambiental, tener presentes las consideraciones técnicas expuestas, y acoger el Recurso de Reclamación en base a dichos antecedentes, dejando sin efecto la Resolución Reclamada y retrotrayendo el procedimiento de evaluación, y acompaña a su presentación los siguientes documentos bajo el apercibimiento del art. 348 bis del Código de Procedimiento Civil:

1. Capítulo 2 del EIA, Numeral 5, Línea de Base del Medio Marino.
2. Capítulo 11 del EIA, Identificación de Riesgos y Planes de Contingencia.
3. Apéndice D Oceanografía biológica (extracto), Anexo MM-1, Capítulo 2 del EIA.
4. Bibliografía Anexo MM-1, Capítulo 2 del EIA.
5. Extracto Anexo MM-1, Capítulo 2 del EIA.
6. Anexo MM-3, Capítulo 2 del EIA.
7. Anexo MM-4, Capítulo 2 del EIA.
8. Extracto Adenda N°1.
9. Anexo V.19 Informe Pingüino, Adenda N°1.
10. Anexo V.39 Informe Yunco, Adenda N°1.
11. Anexo IV.10, Adenda N°1.
12. Apéndice 12 Plan de gestión integrado para la protección de cetáceos, Proyecto Dominga, Anexo IV.10, Adenda N°1.
13. Anexo IX.12 Informe Cetáceos, Adenda N°1.
14. Extracto Adenda N°3.
15. Anexo I.7 Navegación, Adenda N°3.
16. Anexo I.7.a.3 Sinergia, Adenda N°3.
17. Extracto Adenda N°4.
18. Plan Regulador Intercomunal de la Provincia de Elqui, publicado en Diario Oficial de fecha 10 de abril de 2019.
19. Propuesta para la creación del Área Marina y Costera Protegida de Múltiples Usos La Higuera-Isla Chañaral, OCEANA.
20. Directrices para la Aplicación de las Categorías de Gestión de Áreas Protegidas de la UICN en Áreas Marinas Protegidas, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales.
21. Resumen de antecedentes de las especies protegidas en la línea de base de Dominga.

A fs. 5741 y siguientes, el Sr. abogado Ezio Costa Cordella, mediante presentación de escrito, expone consideraciones de hecho y derecho y solicita al Tribunal Ambiental, rechazar la reclamación de autos y acceder a la confirmación de la Resolución Exenta N° 1146 de fecha 13 de octubre de 2017.

A fs. 5790, con fecha 27 de febrero de 2020, consta certificación del Sr. Secretario Abogado del Tribunal, respecto de la entrega de documentos por parte de Sr. abogado Fernando Roco Pinto como Tercero Coadyuvante de la parte Reclamada; asignando custodia bajo números N°64 y N°65.

A fs. 5793 y siguientes, con fecha 28 de febrero del 2020, en representación del Sindicato de Trabajadores Independientes Artesanales de Totoralillo Norte, los Sres. abogados Raúl Pelén Baldi y Fernando Molina Matta, solicitan tener presente las consideraciones que exponen, dejar sin efecto la decisión del Comité de Ministros, e instruir que se resuelva el fondo del asunto sometido a su consideración, calificando ambientalmente el Proyecto en los términos descritos en su presentación. Además, solicitan que se Oficie a los Organismos Gobernación Marítima de Coquimbo, Subsecretaría de Pesca y Subsecretaría del Medio Ambiente, para que ilustren y aclaren las materias que se indican, referentes al Proyecto.

A fs. 5828 y siguientes, con fecha 28 de febrero del 2020, El Sr. abogado Fernando Rocco Pinto, mediante presentación de escrito, acompaña con citación documento consistente en los resultados de la votación de Consulta Ciudadana realizada el pasado día 15 de diciembre de 2019 en la Comuna de La Higuera.

A fs. 5836 y siguientes, mediante presentación de escrito de fecha 28 de febrero del 2020, el Sr. abogado José Pablo San Francisco Reyes, en representación de la Asociación Gremial de Mariscadores y Pescadores de Los Choros, acredita personería, acompañando documento, y reitera presentación que indica para todos los efectos legales.

A fs. 5848 a 5939, Con fecha 02 de marzo del 2020, el Sr. abogado Fernando Rocco Pinto, en representación del Tercero Coadyuvante “Asociación Comunal de la Higuera”, acredita personería, y acompaña los siguientes documentos:

1. Constitución y Estatutos de la Asociación Comunal de La Higuera, contenidos en la escritura pública de 27 de diciembre de 2017, extendida en la Notaría de La Serena servida por don Rubén Reinoso Herrera.
2. Certificado de Directorio de la Asociación Comunal de La Higuera, extendido por el Servicio de Registro Civil el día 16 de octubre de 2019.
3. Certificado de número de asociados de la citada Asociación.

A fs. 5942, mediante presentación de escrito de fecha 02 de marzo del 2020, la Sra. Abogada Mónica Astorga Gutiérrez, abogado en representación de los Terceros Coadyuvantes, reitera conclusiones de Amicus Curiae y solicita se considere la opinión de la ciencia en el procedimiento, manteniendo el rechazo al proyecto minero.

A fs. 5943, Proveyendo presentación del abogado de fs. 3375, el Tribunal resuelve, téngase presente, al primer otrosí concurriendo en la especie la hipótesis señalada en el inciso 6° del 348 bis del CPC, ténganse por acompañados los documentos bajo apercibimiento legal, mientras que al segundo otrosí, resolverá en su oportunidad.

A fs. 5949 a 6002, El Sr. abogado Ezio Costa Cordella, mediante presentación de escrito de fecha 03 de marzo del 2020, solicita se tengan presentes las consideraciones de hecho y de derecho respecto de la presentación realizada por Andes Iron SpA a fs. 3375, solicitando en definitiva, se mantenga el rechazo del proyecto atendidas las consideraciones técnicas y jurídicas que expone.

A fs. 6003, con fecha 03 de marzo de 2020, el Tribunal, proveyendo de fs. 5949 y siguientes, resuelve, téngase presente.

A fs. 6007, con fecha 03 de marzo del 2020, consta acta de instalación del Tribunal Ambiental para la vista de la causa.

A fs. 6008, con fecha 03 de marzo del 2020, consta la realización de la vista de la causa de autos.

A fs. 6011, con fecha 04 de marzo del 2020, consta acta de instalación del Tribunal Ambiental para la audiencia de alegatos de la causa en autos.

A fs. 6012, con fecha 04 de marzo del 2020, consta la realización de la audiencia de alegatos de la causa en autos.

A fs. 6019, con fecha 05 de marzo del 2020, consta acta de instalación del Tribunal Ambiental para la audiencia de alegatos de la causa en autos.

A fs. 6020, con fecha 05 de marzo del 2020, consta la realización de la audiencia de alegatos de la causa en autos.

A fs. 6021, con fecha 05 de marzo del 2020, el Tribunal da cuenta de que la causa se encuentra en estudio.

A fs. 6026, con fecha 03 de julio del 2020, el Tribunal Ambiental, decreta medida para mejor resolver.

A fs. 6033 y siguientes, con fecha 09 de julio del 2020, el Sr. abogado Diego Lillo Goffreri, en representación de los Terceros Independientes, deduce recurso de reposición en contra de la resolución de fecha 03 de julio de 2020, asociada a medidas para mejor resolver, en virtud de los antecedentes de hecho y derecho que expone. Además, acompaña a su presentación los siguientes documentos con citación:

1. Resolución de fecha 8 de abril de 2014, dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en la causa Rol R-22-2014.
2. Resolución de fecha 17 de enero de 2017 dictada por el Tercer Tribunal Ambiental en la causa Rol R-42-2016.
3. Resolución de fecha 2 de febrero de 2017 dictada por el Tercer Tribunal Ambiental en la causa Rol R-42-2016.

A fs. 6046 y siguientes, con fecha 09 de julio del 2020, la Sra. Abogada Javiera Calisto Ovalle, en representación del Tercero Coadyuvante de la Reclamada, interpone recurso de reposición en contra de la resolución de fecha 3 de julio de 2020 del Tribunal Ambiental, y en su reemplazo se proceda a revisar el expediente administrativo por los motivos que expone.

A fs. 6053 y siguientes, mediante presentación de escrito de fecha 13 de julio del 2020, el Sr. abogado Fernando Molina Matta, en representación del "Sindicato de Trabajadores Independientes de Pescadores Artesanales Totoralillo Norte", solicita al Tribunal Ambiental, se tenga presente los antecedentes expuestos rechazando íntegramente los recursos de reposición presentados por las partes, en relación a resolución de fecha 03 de julio del 2020.

A fs. 6057, Con fecha 13 de julio del 2020, El Tribunal, proveyendo presentación de fs. 6027 y siguientes, resuelve dejar sin efecto medidas para mejor resolver. A fs. 6033 y siguientes, y fs. 6046 y siguientes, resuelve, estese a lo resuelto y a en cuanto todo lo demás, atendiendo al estado de la causa no ha lugar. A presentación de fs.6053 y siguientes, estese al mérito de autos.

A fs. 6068, se certificó por el Sr. Relator, que la causa quedó en acuerdo.

A fs. 6059, con fecha 23 de julio del 2020, conforme a lo certificado por el Sr. Relator, se designó como Ministro Redactor, al Sr. Juan Opazo Lagos.

Principales antecedentes procesales de la causa de autos.

1.- Con fecha 1° de diciembre de 2017, el Titular del proyecto Andes Iron SpA, interpuso una reclamación judicial en contra de la resolución del Comité de Ministros que rechazó la reclamación administrativa interpuesta.

2.- Con fecha 27 de abril de 2018, el Primer Tribunal Ambiental, dictó sentencia definitiva y acogió la reclamación de autos.

3.- Con fecha 16 de mayo 2018, los Terceros Coadyuvantes de la parte Reclamada e Independientes interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia.

4.- Con fecha 26 de septiembre de 2019, la Excm. Corte Suprema acogió 3 recursos de casación en el fondo, declarando nula la sentencia dictada por el Tribunal Ambiental; ordenando en su sentencia de reemplazo, a través de Ministros no inhabilitados, conocer y decidir el fondo del asunto debatido, vinculado a las materias respecto de las cuales se omitió pronunciamiento, esto es el carácter completo de los antecedentes del proyecto y la estricta evaluación ambiental del mismo y la refutación de los antecedentes técnicos esgrimidos por el Comité

de Ministros para rechazar el proyecto “Dominga”, que es lo que fija la cuestión sobre la cual está llamado a resolver este Tribunal.

5.- A raíz de ello, se fijó audiencia de alegatos para el día 17 de octubre de 2019, entrando a conocer los temas de fondo.

6.- Posteriormente, fue suspendida la vista de la causa y se fijó fecha de audiencia de alegatos para el día 3 de marzo de 2020.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte Reclamante y las alegaciones y defensas de la parte Reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado como principales hechos controvertidos de la causa, los siguientes:

I. DEL SUPUESTO CARÁCTER COMPLETO DE LOS ANTECEDENTES DEL PROYECTO Y EVALUACIÓN DEL MISMO.

- 1.- En cuanto al término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental.
- 2.- En cuanto al criterio del propio Comité de Ministros respecto de los aspectos relacionados con la actividad de transporte marítimo.
- 3.- De la supuesta información para evaluar las rutas de navegación que habría cumplido con creces el estándar fijado por el Comité de Ministros.
- 4.- En relación a la propuesta de la casa del Mar, luego denominada centro de estudios científicos.
- 5.- En cuanto al “Valor Compartido” con las comunidades.

II. REVISIÓN DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS QUE FUNDARON EL RECHAZO DEL PROYECTO.

- 1.- De la supuesta insuficiencia de la línea de base del medio marino en las rutas de navegación.
- 2.- De la supuesta utilización parcial de fragmentos contenidos en los informes de los Servicios, con preguntas inductivas al efecto.
- 3.- Del supuesto tratamiento discriminatorio en lo relativo a la línea de base.
- 4.- De la supuesta suficiencia de los análisis de efectos sinérgicos.
- 5.- De la supuesta ausencia de desequilibrio entre impactos y medidas.

De las Reclamaciones PAC.

- 6.- Del supuesto impacto en el recurso hídrico luego del cierre del Sistema de Captación y Devolución de aguas desde el Rajo Sur.
- 7.- De la supuesta claridad de la información para descartar impactos adversos en el mar.
- 8.- De la supuesta insignificancia de impactos por aporte de material particulado sedimentable (“MPS”).
- 9.- De la supuesta insuficiencia de la medida de compensación para el impacto en el proceso de nidificación de pingüino de Humboldt.
- 10.- De la supuesta ilegalidad en la posición sobre la evaluación del impacto de barreras eólicas en la avifauna.
- 11.- De la supuesta suficiencia de las áreas de exclusión.
- 12.- De la supuesta evaluación del impacto acústico de los buques en la fauna marina.
- 13.- Del supuesto plan de monitoreo de aves y cetáceos que no podría supuestamente ser medida.

I.- DEL SUPUESTO CARÁCTER COMPLETO DE LOS ANTECEDENTES DEL PROYECTO Y EVALUACIÓN DEL MISMO.

1.- En cuanto al término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental.

Segundo. Que, el Titular indica que durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, no se terminó anticipadamente el procedimiento de acuerdo al art. 15 bis de la Ley 19.300, sino que el proyecto habría sido uno de los proyectos con mayores instancias formales de participación ciudadana.

Que, por otra parte, el Titular también destaca que su proyecto incluyó no solo medidas para hacerse cargo de los impactos significativos del proyecto, sino que también compromisos voluntarios para variables no relacionadas con impactos significativos.

Tercero. Que, en relación a este punto, el SEA señala que lo anterior sólo se refiere al cumplimiento de la normativa de tramitación del SEIA y no una característica especial del proyecto.

Cuarto. Que, este primer cuestionamiento se entiende sólo en cuanto se pueda estimar que el Reclamante entiende que al no existir término anticipado, no podría haberse concluido en la forma en que lo fue el presente proceso de evaluación.

Quinto. Que, a este respecto en primer lugar es necesario señalar que el art. 15 Bis de la Ley 19.300, establece causales para el término anticipado por falta de información relevante o esencial para evaluar el proyecto en cuestión, lo cual difiere de las causales de rechazo de un EIA, según lo establece el art. 15 del mismo cuerpo legal.

Sexto. Que, en consecuencia, no por el hecho de no haberse terminado anticipadamente la evaluación del proyecto significa que el SEA no pueda solicitar aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones de lo presentado, según lo establece el art. 29 de la Ley 19.300, o bien, que el proyecto en cuestión tuviera que haber sido aprobado, sin más trámite.

Séptimo. Que, a mayor abundamiento, según el Titular, el proyecto habría sido objeto de un largo y exhaustivo proceso de evaluación ambiental, logrando la conformidad de todos salvo uno de los Organismos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental (“OAECA”), excepto la Corporación Nacional Forestal (“CONAF”).

Octavo. Que, de acuerdo al SEA, la comisión de evaluación actuó dentro de sus facultades legales al realizar una calificación diferente a la recomendada por el SEA en el ICE, por lo cual no existe ilegalidad al respecto.

Noveno. Que, sobre este punto, se debe tener presente que el SEIA, como instrumento de gestión ambiental tiene como objetivo que se realice un análisis previo acerca de si los impactos ambientales de un determinado proyecto o actividad se ajustan o no al ordenamiento jurídico. En Particular, en el caso de los EIA, se debe analizar si el mismo se hace cargo de los efectos, características o circunstancias previstas en el art. 11 de la Ley 19.300 que genere medidas de mitigación, reparación o compensación, y que respecto de los demás impactos del proyecto o actividad si se corrobora la inexistencia de los efectos, características o circunstancias previstas en el citado artículo.

Décimo. Que, los informes que entregan los OAECA deben indicar fundadamente si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental en el ámbito de sus respectivas competencias sectoriales si corresponde. Asimismo, deben opinar fundadamente si las materias propuestas en el EIA se hacen cargo de los efectos, características o circunstancias previstas en el art. 11 de la Ley 19.300.

Undécimo. Que, sin perjuicio de lo anterior, el SEA en su rol de administrador del SEIA, no se limita a la reproducción de los pronunciamientos de los OAECA que participan en el procedimiento, sino que también debe considerar aquellos que sean adecuados para la evaluación ambiental del proyecto o actividad en particular, pudiendo desestimar fundadamente determinados pronunciamientos, y además, debe hacerse cargo de las deficiencias de los mismos.

Duodécimo. Que, por lo razonado anteriormente, estas dos alegaciones, serán desestimadas por este Tribunal.

2.- En cuanto al criterio del propio Comité de Ministros respecto de los aspectos relacionados con la actividad de transporte marítimo.

Decimotercero. Que, según el Titular, el principal aspecto discutido durante la evaluación ambiental de Dominga, y que configuraría la principal causal para su rechazo, se relaciona con la actividad de transporte del Proyecto, en particular la marítima, a ejecutarse por terceros. Esta actividad fue incluida como parte del Proyecto en la evaluación ambiental en el Adenda 3. Lo anterior no obedeció a un capricho del Titular, sino que

a su voluntad de ajustarse al criterio que el Comité de Ministros había expresado en ese momento en el proceso de evaluación del proyecto Cruz Grande.

Decimocuarto. Que, en efecto, cabe destacar que este aspecto había sido discutido en el contexto del proyecto Cruz Grande, aledaño a Dominga, donde finalmente el SEA de Coquimbo no estimó necesario incluir dicha actividad dentro de la evaluación ambiental del referido proyecto.

Decimoquinto. Que, sin embargo, en el marco del procedimiento recursivo del proyecto Cruz Grande, se alteró este criterio (haciéndolo más severo) debido al emplazamiento de dicho proyecto, esto es su localización próxima a áreas y especies protegidas susceptibles de ser afectadas.

Decimosexto. Que, en relación a este punto, el SEA señala que de acuerdo a lo solicitado en el ICSARA N°3, en la Adenda N°3, el proponente amplía el área de influencia del medio marino, en donde se añade la actividad de navegación de los buques graneleros como parte de la evaluación ambiental del proyecto.

Decimoséptimo. Que, en esta Adenda entregó un complemento a la línea de base, que se presenta en el Capítulo 2 del Anexo 1.7. En particular, presentó una recopilación de información bibliográfica y presentó una "Línea de Base complementaria del Proyecto Dominga en el área de navegación entre Coquimbo y bahía Totoralillo Norte", donde indicó que habría realizado una campaña en el área de influencia determinado por los límites del área de navegación entre bahía de Coquimbo y Totoralillo Norte, los días 3 y 4 de septiembre de 2016.

Decimoctavo. Que, es en este punto donde el Comité de Ministros consideró que la línea de base complementaria para las rutas de navegación, al contrario de lo que asevera el Reclamante, no fue suficiente para evaluar los efectos del proyecto, toda vez que dicha línea (para las rutas de navegación) solo considera dos días de campaña en el mes de septiembre, lo cual no podría representar las variables y características del ecosistema, más aún en un sistema próximo a áreas protegidas, con especies en categoría de conservación y con valor ambiental significativo.

Que, en consecuencia, con una línea de base insuficiente, el Comité de Ministros estimó que no era posible validar la evaluación de impactos que se realizó, ni menos las medidas asociadas a dichos impactos.

Decimonoveno. Que, conforme a las alegaciones expuestas por las partes, estos sentenciadores arriban a la convicción de que en esencia la línea base del medio marino no se construyó en base a una campaña de terreno de dos días, en tanto los estudios tenidos a la vista y analizados que forman parte integral del proceso de evaluación ambiental, en particular los referidos al medio marino (Capítulo 2 EIA, Adendas 1 y 2, Anexo I.7 del Adenda 3), dan cuenta de una situación en contrario. De este modo, se aprecia una completitud de los antecedentes los cuales referencian estudios de campo o de terreno que abarcaron distintas estaciones y años, que permitieron describir y caracterizar el maritorio del área de influencia del proyecto y las relaciones existentes entre sus distintas especies, teniendo en cuenta para ello la estacionalidad dada por fenómenos globales de variabilidad interanual, que tienen efectos directos sobre cada una de las especies del ecosistema y, en particular, sobre los objetos de protección.

Vigésimo. Que, en consecuencia, no resulta ajustado a derecho sostener que no era posible con los antecedentes aportados validar la evaluación de impactos que se realizó en el procedimiento de evaluación ambiental, toda vez que el CM con los antecedentes en su poder le permitían: 1) aprobar, 2) rechazar, 3) o por último exigirle al Titular del proyecto otras medidas. Por lo anterior, esta alegación planteada por la Reclamante, será acogida por estos sentenciadores.

3.- De la supuesta información para evaluar las rutas de navegación que habría cumplido con creces el estándar fijado por el Comité de Ministros.

Vigésimo primero. Que, el Titular señala que la ruta de navegación es similar a la que realiza el proyecto Cruz Grande, con la única prevención de que este último se localiza 5 km al Norte, más cerca de la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt y anualmente utiliza más buques que el Proyecto Dominga (19 buques anuales más que Dominga).

Que, así, todas las partes, obras y actividades del Proyecto, fueron evaluadas ambientalmente siguiendo un estándar incluso mayor que aquel que el Comité de Ministros dejó asentado en la Resolución 106 respecto del proyecto Cruz Grande. Si en alguna parte no fuera similar en lo referente al transporte marítimo, es precisamente en que Cruz Grande contempla efectos más intensivos y más cercanos a dicha reserva.

Vigésimo segundo. Que, en relación a este punto, el SEA señala que efectivamente y a propósito del proyecto Cruz Grande, el Comité de Ministros introdujo la necesidad de evaluar las rutas de navegación como una actividad del proyecto. Lo anterior, implica que el Titular debe describir el área de influencia, realizar una línea de base, evaluar los impactos, jerarquizarlos, definir si son significativos y proponer medidas.

Que, este es el criterio o estándar fijado en dicha instancia, sin embargo, el Reclamante supone que haciendo lo mismo que se hizo en el caso del proyecto Puerto Cruz Grande, entonces su proyecto Dominga, tendría que ser aprobado sin más análisis. En este punto, olvida que el proyecto Dominga debe evaluarse considerando que el proyecto Puerto Cruz Grande está aprobado, y por tanto debe analizar todos los impactos, incluyendo necesariamente los impactos acumulativos y/o sinérgicos, lo cual claramente no logra, de acuerdo a los argumentos que se desarrollan extensamente en la Resolución 1146.

Que, por tanto, en el SEIA la evaluación de impacto ambiental de cada EIA depende de la línea de base levantada la cual es específica y particular para cada proyecto, no siendo comparable con la de otro proyecto, aunque sea similar. Por tanto, es claro que en la evaluación de impacto ambiental se hace un análisis caso a caso.

Vigésimo tercero. Que, a la luz de lo expuesto en los considerandos anteriores, a juicio de estos sentenciadores el Titular acompañó abundante información sobre la línea de base del medio marino durante toda la evaluación ambiental del proyecto, la cual fue sistematizada y compilada en el informe técnico denominado "Análisis de la Actividad de Navegación en el maritorio de Coquimbo-Totalillo Norte" que corresponde al Anexo I.7 de la Adenda 3. En dicho informe se incluye en específico una campaña de terreno, producto de la incorporación de las rutas de navegación como una actividad propia del proyecto. En tal sentido el CM, pone el énfasis en la información de la campaña de terreno, que como se advierte en apartados anteriores, corresponde en esencia a un complemento de la línea base del medio marino y yerra en ponderar o calificar adecuadamente la abundante cantidad y calidad de antecedentes aportados en su conjunto, para acreditar la suficiencia de la línea base del medio marino.

Que, por consiguiente, no aparece razonable ni ajustado a derecho que se justifique el rechazo del proyecto sobre la base de declarar como insuficiente la línea base del medio marino, considerando la vasta información presentada por el Titular a lo largo de todo el proceso de evaluación ambiental del proyecto.

Vigésimo cuarto. Que, en toda esta lata discusión, se advierte por parte de estos sentenciadores una omisión en el ejercicio de sus potestades públicas respecto a resolver el fondo del asunto, por cuanto si el CM evidencia manifiesta insuficiencia de información de la línea de base en lo que respecta a las rutas de navegación debió, en atención a sus propias potestades, requerir complementar dicha información, mediante los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.

Vigésimo quinto. Que, lo anteriormente señalado cobra gran importancia, si atendida la situación particular del proyecto en cuanto a que la información presentada sobre la línea de base de medio marino en la Adenda 3 no fue cuestionada en el ICSARA 4. Es así que, si el CM hubiera determinado que ésta no satisfacía los estándares, atendido que el Titular no tuvo la oportunidad de aportar mayores antecedentes en la Adenda 4, encontraba un claro fundamento para requerir que dicha información fuera complementada, situación que no fue debidamente considerada por el CM. Es más, de considerarse insuficiente la información aportada, la institucionalidad ambiental está en el deber de ponderar dicha información y requerir aquella que sea pertinente para que pueda calificar ambientalmente el proyecto, lo que no ocurrió en este caso.

Vigésimo sexto. Que, finalmente, esta magistratura ha llegado a la convicción de que lo alegado por la parte Reclamante es plausible, esto es que toda la información técnica contenida en el expediente de evaluación del proyecto permitió una adecuada caracterización del maritorio y en particular de las especies objeto de conservación, considerando un rango temporal y estacional; dando cuenta tanto de la variabilidad estacional como de la variabilidad interanual, cuestión de suma relevancia en la zona dado los procesos oceanográficos -tales como el fenómeno ENSO "El Niño" - que allí ocurren. De esta forma, la línea de base del medio marino para la actividad de navegación resulta suficiente y adecuada para la evaluación de impactos ambientales de la actividad de navegación del Proyecto, especialmente considerando los estándares exigidos en el proyecto Cruz Grande.

Vigésimo séptimo. Que, en consecuencia, y en virtud de lo razonado en los considerandos anteriores, esta alegación será acogida por este Tribunal.

4.- En relación a la propuesta de la Casa del Mar, luego denominada Centro de Estudios Científicos.

Vigésimo octavo. Que, según el Actor, el Proyecto consideró un número de compromisos voluntarios con la finalidad de cumplir a su juicio con mayores estándares que los contemplados en la legislación ambiental y garantizar de esta forma, la no afectación a esta zona sensible. En este sentido, tiene particular relevancia la medida voluntaria ofrecida durante la evaluación ambiental denominada Casa del Mar.

Que, de esta manera, señala el Actor, y tal como se planteó expresamente al Comité de Ministros la medida consistía en crear un Centro de Estudios Científico, independiente y de alta experticia técnica, destinado a generar conocimiento científico de punta, en virtud del cual se pudieran adoptar acciones oportunas para prevenir cualquier afectación a las áreas y objetos protegidos asociada al área de navegación del Proyecto, permitiendo, por ejemplo, y en virtud del conocimiento adquirido, una optimización en las áreas de navegación del Proyecto, sus horarios, regularidad y tipo de buques autorizados, entre otros.

Vigésimo noveno. Que, todo lo anterior señala el SEA, no es más que un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes, obligación de todo Titular, lo cual además no ha sido cuestionado en las etapas recursivas. Por lo cual, las alegaciones del Reclamante al respecto no tienen asidero.

Trigésimo. Que, de la revisión de los antecedentes científico-técnicos revisados y analizados del expediente de evaluación ambiental del Proyecto y los entregados por las partes en esta sede judicial, se puede advertir lo siguiente:

1.- La presente controversia no fue recogida y abordada en la Resolución Reclamada, ya que a juicio de la parte Reclamada habiéndose mantenido la calificación desfavorable del proyecto, mal podría haber considerado las especificaciones o nuevas características de la medida propuesta. En tal sentido, se entiende entonces que respecto de dicha controversia el CM no se pronunció ni efectuó un cuestionamiento alguno.

2.- Respecto de los alcances, objetivos e importancia de la medida voluntaria propuesta por el Titular, este Tribunal advierte que resulta ser interesante e innovadora, si se parte de la base de considerar como referencia la experiencia recogida en la gobernanza llevada a cabo por la fundación para la sustentabilidad del gaviotín chico¹ en la Comuna de Mejillones, Región de Antofagasta; experiencia única en el país y que ya lleva más de 12 años desde su creación (participación pública y privada), cuyo objetivo es contribuir a la conservación del Gaviotín Chico o Chirrí, en forma compatible con el desarrollo industrial de Mejillones.

3.- Al respecto, a juicio de estos sentenciadores, la iniciativa en cuestión debiese ser más amplia en su quehacer y concepción, en la lógica de un “Centro de Investigación y Estudios Socioambientales Aplicados de la comuna La Higuera” (actualmente propuesta como Centro de Estudios Científicos), conformado por un equipo multidisciplinario de expertos en el área de las ciencias naturales, socioeconómicas y ambientales, para el estudio de: 1) los ecosistemas tanto medio biótico marino y terrestre, 2) el medio humano (con sus interacciones con las componentes de comunidades biológicas e interacciones ecosistémicas), y 3) el paisaje presente en la Comuna de La Higuera y en el Sistema de Bahías de Coquimbo (“SBC”).

4.- Este Centro de Estudios deberá llevar a cabo un programa de investigación y estudios de las especies de interés clasificadas en diferentes estados de conservación y endémicas en la zona, particularmente Cetáceos, Pingüino de Humboldt, Chungungos, Pato Yunco y otros en categorías de conservación en el medio marino; del mismo modo para el medio humano y los ecosistemas terrestres en cuanto a su componente fauna silvestre nativa y flora y vegetación (tales como cactáceas, guanacos, entre otros). Así mismo, proponer un protocolo de acción e implementación frente a los impactos ambientales no previstos en cualquiera de estas especies y/o sus ecosistemas.

5.- El Centro de Estudios deberá de desarrollar a lo menos las siguientes líneas de trabajo:

- a) Investigación: Orientada para conocer la distribución, características poblacionales de hábitat, alimentación, nidificación, crianza, conducta, amenazas existentes, servicios ecosistémicos, entre otras variables ecológicas de interés, en torno a las especies señaladas anteriormente, según corresponda.
- b) Educación Ambiental: Orientada a crear conciencia en la población y que se identifique con la problemática ambiental tanto a nivel local como global. Además de identificar las relaciones de interacción e independencia que se dan entre el entorno (medio ambiente) y el hombre, así como

¹ <http://www.gaviotinchico.cl/>

de promover una relación armónica entre el medio natural y las actividades antropogénicas a través del desarrollo sustentable. En este contexto, se deberán de considerar a lo menos las siguientes actividades: charlas informativas, capacitaciones, actividades de educación ambiental y difusión.

- c) **Protección y Manejo:** Como resultado del conocimiento científico, se deberá de elaborar un programa de protección y manejo ambiental específico para cada especie en particular, con énfasis en los sistemas de detección y control de amenazas.
- d) **Difusión y Comunicación:** La difusión de las actividades del Centro de Estudios, es de gran relevancia para que las personas, agrupaciones e instituciones se hagan parte de la protección de los distintos ecosistemas y sus especies.

6. Se deberá definir las diferentes líneas de trabajo, en una escala de tiempo razonable en función de cada línea de investigación y estudio. La información científica servirá de base para la toma de decisiones por parte del Reclamante, lo que pudiese significar adecuaciones de las medidas de mitigación, reparación y/o compensación en las variables ambientales y ajustes en los programas de seguimiento ambiental. Del mismo modo, la información científica-técnica generada en las distintas líneas de investigación y estudio, será un insumo relevante para las propuestas de medidas de protección y manejo que puedan resultar, para lo cual el Reclamante deberá de comprometerse a la implementación y cumplimiento íntegro de tales medidas.

7. Este Centro de Estudio deberá llevar a cabo además una medición de los posibles impactos ambientales y socioeconómicos a los pescadores, prestadores de servicios turísticos y productores de las zonas de Los Choros y Chungungo. Deberá elaborar además un plan de desarrollo para los sectores pesqueros, turísticos y productivos que esté en armonía con el plan de desarrollo regional. En definitiva, a través de esta iniciativa se pretende minimizar los impactos negativos asociados al proyecto y explotar todas las externalidades positivas que este trae aparejada de forma de convertirse éste en un modelo a imitar de responsabilidad social-empresarial, en el cuidado ambiental y desarrollo productivo local. El plan de desarrollo mencionado deberá elaborarse en el plazo máximo de un año; y su inmediato seguimiento de las variables indicadas.

8.- Con todo lo anterior, se deberá establecer con total claridad el mecanismo vinculante que tengan las decisiones del Centro en cuestión, a objeto de que permita, si la situación lo amerita, materializar las medidas de mitigación, restauración y/o compensación ambiental, de manera tal que las acciones y/o medidas formen parte integral de los compromisos asumidos en la RCA del proyecto. En este orden de ideas y entendiendo que la relevancia de la propuesta del Titular viene dada por el carácter dinámico de la misma, se debe entender entonces como complementaria de los demás compromisos asumidos durante la evaluación ambiental y por lo tanto, debe de existir una adecuada complementariedad y armonía de las mismas.

9.- Resulta de particular interés la participación de actores relevantes, como parte del diseño institucional y gobierno corporativo. En este sentido, es fundamental contar con la participación de actores locales (municipios, organizaciones sociales), Universidades, ONGs, y como también actores de relevancia nacional con conocimiento en la materia, entre otros, para propender a una adecuada gobernanza, entendiendo que la propuesta del Titular acompañará al proyecto durante toda su vida útil.

10.- Necesariamente, lo central es que la RCA recoja con la mayor claridad posible el detalle de cada una de las medidas y acciones comprometidas, en especial aquella en estudio, con objetivos claros, indicadores de cumplimiento, plazos de ejecución y demás consideraciones que permitan minimizar interpretaciones respecto de lo comprometido. Lo anterior, para cada una de las líneas de investigación vinculadas al medio marino propuestas, ya que no resulta apropiado que solamente se “esbocen” lineamientos genéricos que puedan ser objeto de interpretaciones post RCA.

Trigésimo primero. Que, a la luz de los antecedentes de esta causa, es claro que el Comité de Ministros no se hizo cargo adecuadamente de esta medida voluntaria ofrecida durante la evaluación ambiental denominada Casa del Mar, la que sin dudas correctamente implementada, puede significar un medio de manejo y control del proyecto que puede morigerar o eliminar los riesgos ambientales. De esta forma, el Comité de Ministros, antes de declarar que los antecedentes del proyecto eran insuficientes -para aprobarlo, o en su caso exigir otras medidas-, debió haberse hecho cargo de la suficiencia de éstas, toda vez que el proceso de evaluación ambiental permite efectuar exigencias que hagan sustentable el proyecto. Que, de lo contrario, el sólo rechazo del proyecto sin analizar esta medida, hace que dicha decisión no esté suficientemente fundada.

Trigésimo segundo. En consecuencia, este Tribunal acogerá el cuestionamiento del Reclamante, bajos los lineamientos ya señalados en los considerandos anteriores.

5.- En cuanto al “Valor Compartido” con las comunidades.

Trigésimo tercero. Que, al respecto y según el Reclamante, Dominga ha planteado una propuesta social que consiste en la creación de “Valor Compartido” como herramienta concreta para hacerse cargo de la desigualdad que usualmente se produce entre un gran proyecto minero y el entorno social donde se emplaza. La propuesta reconoció como un derecho de la Comunidad el que reciba parte de los beneficios que se generan de la explotación de la riqueza mineral de Dominga, con el objeto de que el Proyecto beneficie concretamente a dicha Comunidad.

Trigésimo cuarto. Que, lo anterior, según la Reclamada, no tiene relación con las materias discutidas en estos autos. El hecho de que el Titular adquiera compromisos sociales, que no tengan el carácter de medidas o compromisos voluntarios, es algo que escapa de lo que se evalúa en el SEIA y aunque pueda ser algo favorable para la comuna donde se ubica el proyecto o para el país, ello no tiene la facultad para sobreeser las causales por las cuales el Proyecto fue rechazado.

Trigésimo quinto. Que, sobre este punto, este Tribunal, estima de la mayor importancia que los proyectos entreguen beneficios en forma compartida, con las comunidades donde se emplaza la actividad. Independiente, si esta materia no se encuentra discutida en el proceso de evaluación, el hecho que la Empresa adquiera el compromiso de compartir el valor de su negocio, debe ser resaltado y estimulado, diciendo relación aquello con la afectación al medio humano, por lo que debe tenerse en cuenta lo ya señalado al momento de tomar una decisión directa de rechazo.

Trigésimo sexto. Que, en consecuencia, esta alegación interpuesta por el Reclamante, también será acogida por estos sentenciadores.

II. REVISIÓN DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS QUE FUNDARON EL RECHAZO DEL PROYECTO.

1.- De la supuesta insuficiencia de la línea de base del medio marino en las rutas de navegación.

Trigésimo séptimo. Que, según la Empresa, la evaluación efectuada en este punto por el Comité fue deficiente, descontextualizada e incompleta, pese a lo cual éste extrajo de su análisis una conclusión radical, a saber, la supuesta insuficiencia de la información presentada; cuestión que utilizó posteriormente como sustento para acoger otras dos causales, referidas a los impactos sinérgicos y a las medidas de mitigación propuestas.

Que, en opinión de la Reclamante, un correcto estudio de los antecedentes del Proyecto, da cuenta de la suficiencia de la línea de base marina presentada por el Proyecto Dominga a la luz del estándar asentado por el propio Comité de Ministros para Cruz Grande, cuya resolución fue posteriormente confirmada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, que corroboró la suficiencia de los elementos tenidos a la vista por el Comité.

Trigésimo octavo. Que, sobre este punto, cabe señalar según la Reclamada, que el compendio de conocimiento oceanográfico y biótico entregado por el Proponente en Adenda 3, efectivamente posee gran cantidad de información que es suficiente para evaluar los impactos en las zonas aledañas a las obras del puerto del Proyecto, sin embargo, lo solicitado en el ICSARA 3 fue incluir en la evaluación las rutas de navegación, en donde sólo se realizó una campaña de levantamiento de información en terreno.

Que, de acuerdo a lo anterior, el Comité de Ministros considera que si bien durante el proceso de evaluación se levanta gran cantidad de información del medio marino (para obras de la costa), en el caso de las rutas de navegación el proponente realiza solo una campaña, de únicamente dos días en el mes de septiembre del año 2016 (días 3 y 4), lo cual bajo ninguna circunstancia sería suficiente para caracterizar el medio marino, desde el simple hecho de que no representa la estacionalidad de la presencia y comportamiento de las especies de interés.

Que, por tanto, es claro que la línea de base del medio marino para las rutas de navegación del Proyecto no era suficiente y que el Comité de Ministros analizó toda la información disponible aportada por el Titular durante la evaluación de impacto ambiental del Proyecto y no solo información parcial, como pretende confundir el Reclamante. Considerando aquello, se reitera que la Resolución Reclamada fue debidamente fundada, debiéndose mantener el rechazo del Proyecto.

Trigésimo noveno. Que, a juicio de estos sentenciadores, el Titular en la Adenda 3, Anexo 1.7., hace entrega de un compendio robusto, idóneo y suficiente que da cuenta de todos los estudios que sustenta la línea base del medio marino y complementado con la campaña de terreno de dos días (3 y 4 de septiembre 2016), que se lleva a cabo en el sector del maritorio que comprende las rutas de navegación. Desde el punto de vista del contorno de la información entregada durante el proceso de evaluación ambiental, esto es el área del denominado SBC, se entiende la debida complementariedad aludida por el Reclamante. Con todo, y en lo específico para las rutas de navegación se advierte tal complementariedad, que a juicio de estos sentenciadores cumplen razonablemente el estándar necesario para acreditar la suficiencia de la línea base en lo que respecta a las rutas de navegación.

Cuadragésimo. Que, no se advierte un déficit de información de base, como lo sostiene la parte Reclamada, en lo relativo a las rutas de navegación y en general respecto de la línea de base del medio marino en su conjunto, en el área de influencia del proyecto, respecto de las especies “banderas”, a saber: Pingüino de Humboldt, Pato Yunco, Cetáceos mayores y menores, Chungungos. A este respecto, los estudios presentados se encuentran en correlato con un extenso y robusto respaldo bibliográfico, información idónea que tan solo en lo que respecta al numeral 2.3. “Compendio del conocimiento oceanográfico y biótico asociado al Sistema Bahía de Coquimbo”, del Anexo 1.7. de la Adenda 3, contabilizan a lo menos 99 referencias científicas de primer nivel y que en su conjunto abarcan en su extensión toda el área de influencia del proyecto. En consideración a lo antes señalado, se aprecia un adecuado establecimiento de las zonas de resguardo biótico, zonas reproductivas y/o alimentación de especies protegidas y las áreas de exclusión, las cuales representan la combinación de los hábitats críticos de las especies en categoría de conservación, junto con todas las condiciones ecológicas necesarias para su persistencia.

Cuadragésimo primero. Que, con todo lo anterior, la suficiencia de la línea de base del medio marino, incluida las rutas de navegación, a todas luces se encuentra debidamente acreditada, pues se ajustan a criterios metodológicos, de pertinencia, estacionalidad, base fundamental para este tipo de estudios; considerando que en lo que respecta a la línea de base de un EIA los antecedentes que constituyen la línea base del proyecto debe ser funcional al objetivo del SEIA, cual es determinar y evaluar impactos ambientales de un proyecto. En este orden de ideas, la información requerida debe estar subordinada a los potenciales efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley 19.300, que el proyecto o actividad pudiese generar.

Cuadragésimo segundo. Que, existiendo cabal convencimiento por parte de estos sentenciadores en orden a la suficiencia de la línea base del medio marino, incluida las rutas de navegación, resulta comprensible que luego de un exhaustivo proceso de evaluación ambiental el SEA, dentro de sus atribuciones consagradas en virtud de lo dispuesto en el art. 8 y 81 de la Ley 19.300 como órgano administrador y coordinación del SEIA, haya recomendado la aprobación del proyecto, situación que plasma en el ICE emitido con fecha 24 de febrero de 2017.

Cuadragésimo tercero. Que, de la revisión del ICE se aprecia con total claridad que el proyecto cumple con el estándar científico-técnico, en lo que respecta a la completitud de la línea de base del medio marino, incluida las rutas de navegación. Así las cosas, estos sentenciadores concuerdan con el razonamiento del SEA de la Región de Coquimbo en orden a concluir que los antecedentes presentados por el Titular del proyecto durante el proceso de evaluación ambiental son suficientes para evaluar los impactos del proyecto, resultando idóneas las medidas contempladas de acuerdo a las características del área de influencia y la magnitud y duración de los impactos.

Cuadragésimo cuarto. Que, lo anterior, se desprende del análisis de los diversos pronunciamientos que los distintos OAECA y organismos relevantes con competencia ambiental hicieron acerca de la suficiencia de la línea base de las rutas de navegación, durante la etapa de evaluación ambiental, así como en su fase recursiva, los cuales resulta importante traer a colación:

1.- Que, la DIRECTEMAR, a través de Gobernación Marítima de Coquimbo, durante la etapa de evaluación ambiental, en su pronunciamiento respecto de la Adenda 3, contenido en ORD N° 12600/670 de fecha 7 de diciembre de 2016, y luego, durante la visación del ICE, contenida en ORD N°12600/90 de 2 de marzo de 2017, señala que “La Gobernación Marítima informa que, revisado el ICE, no tiene observaciones a éste”. Además, cabe citar el pronunciamiento requerido por la Dirección Ejecutiva del SEA, mediante ORD N°12600/07 de fecha 27 de julio 2017, que indica lo siguiente: “El transporte y embarque de hierro a realizarse desde el puerto de Totalillo Norte, fue evaluado en el EIA y sus Adendas, donde el Titular se comprometió a llevar a cabo medidas para evitar, minimizar, mitigar o compensar los impactos ambientales y además cumplir con sus respectivos planes de emergencia y contingencia”.

2.- Que, igualmente, la autoridad marítima conforme lo establecido en el art. 102 del D.S. N° 40/2012 (“DS 40”) señala que ante “eventuales situaciones de riesgo al medio ambiente, el Titular deberá proponer un plan de prevención de contingencias y un plan de emergencias”. Al respecto, el Titular presentó los respectivos planes y adicionalmente propuso medidas especiales para disminuir el riesgo de impacto de la navegación sobre los ecosistemas marinos del área de influencia, restringiendo las rutas de llegada al sector de Totoralillo Norte y controlando las maniobras de atraque y desatraque.

3.- Que, por su parte, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, a través de Ordinario N° 406 de 07 diciembre 2016, el que contiene el pronunciamiento del Servicio respecto de la Adenda 3 sobre si el proyecto cumple con la normativa de carácter ambiental, identificación y cumplimiento de permisos e idoneidad de medidas, se señala que “El servicio se manifiesta conforme, no haciendo comentarios que versen sobre suficiencia de línea de base respecto de navegación marítima de naves”. Posteriormente, mediante el Ordinario N° 61 de 17 de febrero 2017, consigna lo siguiente: “El servicio se pronuncia conforme, respecto a la Adenda 4, no realizando observaciones que sugieran insuficiencia de línea de base relacionada con navegación marítima”. Acto seguido, por medio del Ordinario N° 72 del 03 de marzo 2017, que tuvo por objeto pronunciarse respecto a la solicitud de visación del ICE, el citado órgano sectorial afirmó lo siguiente: “El servicio no se pronuncia acerca de la línea base de rutas de navegación, solo sugiere condiciones relacionadas con AMERB”.

4.- Que, por su parte la misma Subsecretaría en fase recursiva, mediante Oficio N° 1471 de 04 de agosto 2017, el cual tiene por objeto pronunciarse respecto de las materias solicitadas a informar a través de Oficio Ordinario N° 170.819 de 2017, del SEA, a saber: sobre la efectividad que la línea de base complementaria del medio marino del Proyecto Dominga se había realizado considerando muestreos insuficientes, que no darían cuenta de la riqueza de especies, toda vez que se llevaron a cabo en invierno tardío (...). En este punto, el Servicio indica expresamente que “El proyecto además incluye una serie de información levantada en otros periodos, las que se complementan, generando un abanico temporal de datos de caracterización de base del medio marino. (...)”. A criterio de esta Subsecretaría: “el proyecto cuenta con antecedentes de terreno suficientes para demostrar variabilidad estacional de riqueza de especies hidrobiológicas dentro del área de influencia (...)”.

Que, respecto a la efectividad que, en el análisis al medio marino, no se habrían considerado factores oceanográficos y físicos, como los generados por el fenómeno de El Niño (ENSO), se indica: “el Servicio considera que el análisis del medio marino contiene un abanico amplio y completo en relación a información oceanográfica en términos de variables medidas y temporalidad de las mismas”.

Que, por último y en relación a la alegada insuficiencia de evaluación del impacto a las actividades de navegación en las corrientes locales, a que se refiere el requerimiento de la Dirección Ejecutiva del SEA, el Servicio considera que, “el efecto que ejerce la navegación de un barco, no afectará el patrón de circulación.”.

Cuadragésimo quinto. Que, con todo lo anterior, es pertinente no perder de vista qué para entender el alcance de las normas citadas, y así dilucidar hasta dónde se extienden las competencias del SEA dentro del SEIA, es preciso determinar el sentido de los conceptos de “administración” y “coordinación” que son utilizados. Es así que según la RAE el término “administrar” encuentra sinónimos tales como “dirigir, ordenar, disponer, organizar”; por su parte, “coordinar”, implica “concertar medios, esfuerzos, para una acción común”. Como se aprecia, tanto la idea de “administrador” como de “coordinador” da cuenta de un rol de dirección, cuya participación es activa y prevalente en la consecución del objeto de la acción que se realiza.

Cuadragésimo sexto. Que, sobre este punto, es posible traer a colación lo señalado por el Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol N° R-32-2014, en su sentencia de 25 de mayo de 2015, ha destacado que al SEA, como administrador del SEIA, se le han conferido potestades, “cuya aplicación diligente, no debiera limitarse a la mera reproducción de las opiniones de los organismos sectoriales, sino una revisión acuciosa de todos los elementos a considerar” (Considerando Vigésimo cuarto).

Cuadragésimo séptimo. Que, en consecuencia, el SEA en su rol de administrador del SEIA, tiene la facultad de prescindir de lo dispuesto por un OAECA en su pronunciamiento sectorial, ya sea total o parcialmente, cuando éste no se enmarque dentro del ámbito de sus competencias, cuando lo manifestado no se refiera a temas ambientales o carezca de fundamentos, o cuando lo expuesto no se considere idóneo o necesario para el buen desarrollo del procedimiento de evaluación que se encuentra en curso.

Cuadragésimo octavo. Que, por consiguiente, y tal como se desprende de lo expuesto, estos sentenciadores concluyen que el SEA posee amplias competencias en el análisis y ponderación de los pronunciamientos emitidos en la evaluación ambiental por los OAECA participantes, las cuales no se encuentran limitadas a la

sola reproducción de las opiniones manifestadas en dichos documentos, sino que se extienden a un examen completo acerca de su mérito.

Cuadragésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, y conforme lo establecido en el art. 38 de la Ley 19.880, los informes de los OAECA no son vinculantes para efectos de la evaluación ambiental de un determinado proyecto u actividad, sino que facultativos, y que los OAECA participantes en la evaluación ambiental entregan elementos de juicio que son posteriormente analizados y apreciados por el SEA.

Quincuagésimo. Que, en conclusión, estos sentenciadores no comparten el razonamiento del CM y que sobre el particular análisis para la presente controversia motivaron el rechazo del proyecto, como lo fue la supuesta insuficiencia de la línea de base del medio marino, ya que por todo lo razonado y fundamentado en el análisis científico técnico de esta controversia, se aprecia una suficiencia de línea de base en el medio marino; no acreditándose, en opinión de estos sentenciadores, un desequilibrio entre los impactos y medidas, además de un supuesto insuficiente análisis de los efectos sinérgicos del proyecto. Al respecto, estas últimas controversias serán objeto de una revisión y análisis en particular conforme se desarrollen los demás aspectos considerativos de la sentencia.

Quincuagésimo primero. Que, por lo todo expuesto, esta alegación planteada por el Actor, también será acogida, en los términos que se determinará en la parte dispositiva del fallo.

2.- De la supuesta utilización parcial de fragmentos contenidos en los informes de los Servicios, con preguntas inductivas al efecto.

Quincuagésimo segundo. Que, el Titular señala que la conclusión a que arribó el Comité de Ministros, se habría sustentado, tendenciosamente o a lo menos con profundo desconocimiento, en fragmentos de los informes evacuados por los Servicios, los que habrían sido derechamente sacados de su contexto al momento de citarse en la Resolución Reclamada.

Que, según el Actor, las preguntas habrían sido dirigidas a preguntar exclusivamente en forma derechamente inductiva.

Que, sobre este punto, el Reclamante cita a modo ejemplar, el oficio N° 1471 en su literal a, de fecha 14 agosto 2016 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (“SUBPESCA”) -órgano competente en materias propias del mar-, el cual fue claro en afirmar que la línea de base del Proyecto sí incluía una actividad sustancialmente más compleja que aquella sólo contemplada en el muestreo.

Quincuagésimo tercero. Que, según el SEA, el Titular intenta mostrar que las solicitudes de informe a los Servicios fueron tendenciosas, sin embargo, no considera que en todos los procesos de reclamación los Servicios han sido consultados de la misma forma, es decir, no existe arbitrariedad alguna ni menos un tratamiento discriminatorio en este caso, sino que solo se cumple con una obligación y se hace de manera imparcial.

Quincuagésimo cuarto. Que, respecto a este punto, es preciso indicar que los servicios consultados también tienen el deber de revisar los antecedentes de la o las reclamaciones, por lo que aún cuando las preguntas que se hacen mediante oficio fuesen dirigidas, el Servicio consultado, puede y debe analizar las materias en su totalidad; incluyendo revisar el proceso de evaluación completo y aquello que se reclama.

Quincuagésimo quinto. Que, como se ha señalado, cabe tener presente el art. 38 de la Ley 19.880 señala que tales informes no son vinculantes para efectos de la evaluación ambiental de un determinado proyecto u actividad, sino que son facultativos y que los OAECA participantes en la evaluación ambiental entregan elementos de juicio que son posteriormente evaluados por el SEA y el Comité de Ministros.

Quincuagésimo sexto. Que, respecto de la alegación referida a que el Comité no habría hecho mención al pronunciamiento de SUBPESCA, el SEA indica que eso no es efectivo, toda vez que se tuvo a la vista, se citó y se analizó en los Considerandos 22, 14.9 y 43 de la Resolución Reclamada. En particular, el Considerando 43, el cual muestra todas las conclusiones de los Servicios consultados.

Quincuagésimo séptimo. Que, revisados los antecedentes de la decisión del Comité, éste incluye el pronunciamiento de SUBPESCA, por lo que está alegación como la anterior, serán rechazadas.

3.- Del supuesto tratamiento discriminatorio en lo relativo a la línea de base.

Quincuagésimo octavo. Que, según el Actor, el Proyecto Dominga es muy similar a Cruz Grande en lo que respecta a la actividad de navegación (sin perjuicio de que la de este último cuenta con una mayor frecuencia de

viajes y sus rutas de navegación se aproximan más a las áreas bajo protección oficial, como la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt y a los Islotes Pájaros 1 y 2), razón por la cual debieron aplicarse a ambos proyectos criterios análogos a la hora de evaluarlos, a fin de respetar el principio de igualdad ante la ley y sus demás principios derivados.

Que, lo anterior, sin embargo, no ocurrió. Ello, pues mientras que en Cruz Grande el Comité de Ministros, introduciendo un nuevo criterio al estimar la necesidad de evaluar ambientalmente las rutas de navegación, estimó que ella era suficiente para aprobar el proyecto. En Dominga, en cambio, pese incluso a que la actividad de transporte marítimo fue evaluada dentro del SEIA, el Comité consideró que la información era insuficiente.

Que, en este sentido, habiendo establecido el Comité de Ministros un criterio respecto al nivel de información necesario y suficiente para Cruz Grande a fin de evaluar la actividad de navegación en el sector, resulta inaceptable que, a Dominga, que cuenta con igual o incluso mejores antecedentes, se le ha aplicado en la Resolución Reclamada un estándar de exigencia mayor, incurriéndose con ello en una incomprensible discriminación arbitraria.

Quincuagésimo noveno. Que, por su parte, el SEA señala que es incorrecto afirmar que Dominga ha evaluado los impactos de la navegación por haber identificado riesgos y haber presentado planes de contingencia. En la evaluación de riesgos se ponderan variables completamente distintas a las que se utilizan en la evaluación de impactos, más aún, cuando el Titular pretende hacer creer que por esa evaluación contaba con una línea de base desde antes de que se le solicitara.

Sexagésimo. Que, sin perjuicio de que la alegación relativa al trato discriminatorio fue resuelta en la sentencia recurrida de fecha 27 de abril de 2018, y luego casada por la Excmá. Corte Suprema en aquella parte en la que el Tribunal a quo sustenta dicha alegación en el hecho de haberse evaluado el proyecto sin existir una guía metodológica de medio marino, este Tribunal estima necesario realizar las siguientes precisiones.

Sexagésimo primero. Que, para determinar la procedencia de un trato igualitario entre los proyectos cuya comparación reclama la actora, se debe determinar en la especie si los proyectos Dominga y Cruz Grande se encuentran en una misma situación jurídica o material que haga razonable aplicar un mismo criterio por parte de la autoridad, a pesar de las diferencias que cada proyecto pueda contemplar.

Sexagésimo segundo. Que, en este sentido, a juicio de este Tribunal, es necesario analizar los elementos de temporalidad de evaluación de ambos proyectos, sus objetivos, su forma de ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental y, más trascendente aún, la ubicación, especialmente la que dice relación con las rutas de navegación y los objetos de protección involucrados tanto en Cruz Grande como en Dominga.

Sexagésimo tercero. Que, ambos procesos de evaluación se iniciaron a través de la presentación de los respectivos Estudios de Impacto Ambiental. En el caso de Cruz Grande, su Estudio fue ingresado ante el SEA con fecha 03 de agosto de 2012, concluyendo con la Resolución Exenta N° 106 de fecha 29 de enero de 2016. Mientras que el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Dominga fue ingresado con fecha 13 de septiembre de 2013, habiéndose pronunciado el Comité de Ministros con fecha 13 de octubre de 2017, a través de la Resolución Exenta N° 1146. En consecuencia, ambos proyectos fueron tramitados en forma paralela a lo menos durante tres años.

Sexagésimo cuarto. Que, luego en cuanto a las tipologías de los proyectos, en el caso de Dominga, corresponde a la de un proyecto de desarrollo minero, comprendiendo la actividad de embarque a través de la construcción y operación de un puerto. A su turno, el proyecto Cruz Grande corresponde a la tipología de puerto requiriendo para su ejecución la construcción y operación de uno.

Sexagésimo quinto. Que, en relación a los objetivos de ambos proyectos, se debe destacar la actividad de recepción, acopio y embarque de sustancias minerales como elemento común, situación que hace necesario la evaluación de los impactos ambientales asociados a dicha actividad, especialmente a la construcción de la infraestructura portuaria como a la operación de la misma.

Sexagésimo sexto. Que, en cuanto a la ubicación de ambos proyectos, tanto el Proyecto Dominga, en su emplazamiento portuario, como el Proyecto Cruz Grande, se localizan en la comuna de La Higuera, Región de Coquimbo.

Sexagésimo séptimo. Que, son precisamente los elementos de localización y temporalidad de la evaluación lo que fuerza a realizar el examen de trato igualitario entre ambos proyectos, siempre teniendo en consideración las reales diferencias que pueden existir entre Dominga y Cruz Grande. En este ejercicio, más allá de las diferencias

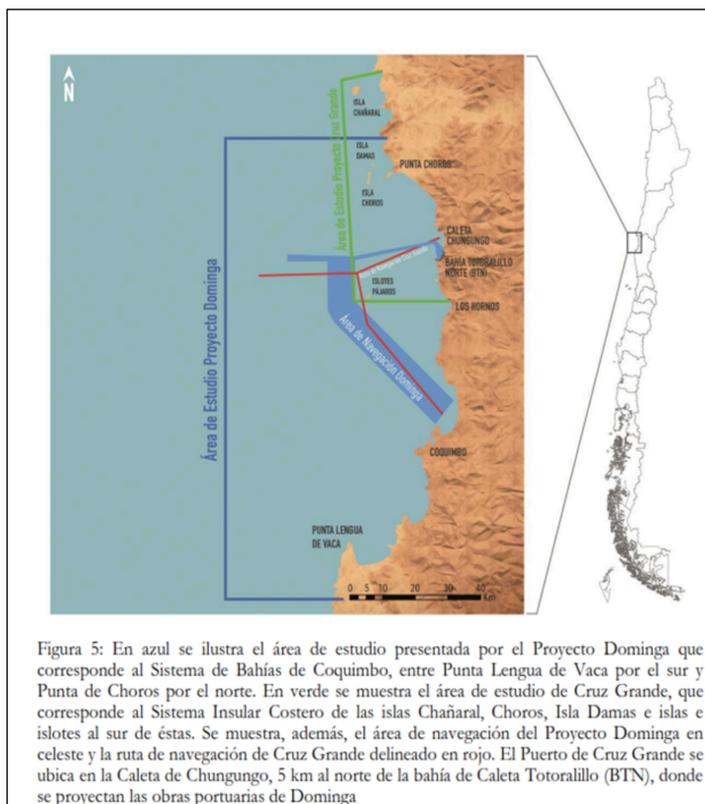
posibles y del dinamismo que puede presentar el medio ambiente, no es válido desatender el legítimo derecho de los administrados de exigir un trato igualitario para dos situaciones similares o, en su defecto, acceder a un estándar de motivación mínimo que haga plausible el actuar en un sentido distinto. No es necesario que las situaciones comparadas sean idénticas para sostener tratos iguales ya que pretender tal nivel de realidad haría prácticamente imposible llegar siquiera a proteger el trato igualitario que exige nuestra Constitución Política.

Sexagésimo octavo. Que, en consecuencia, es la similitud y no la identidad de dos situaciones lo que motiva el deber de fundamentar un trato distinto.

Sexagésimo noveno. Que, asentado lo anterior, y entrando al análisis particular de estos dos proyectos, se evidencia que el Comité de Ministros, al conocer de los respectivos recursos interpuestos en uno y otro caso, despliega un actuar distinto respecto del proyecto Dominga sustentado en la insuficiencia de la información relativa a la línea de base, relacionada a las rutas de navegación y los impactos que esta podría generar. Mientras que, en el caso del Proyecto Cruz Grande, el mismo Comité de Ministros adoptó una posición distinta, por considerar completa e idónea la información que su Titular había presentado durante todo el proceso de evaluación ambiental.

Septuagésimo. Que, como se ha señalado, analizando todos los antecedentes asociados al proyecto Dominga, es posible concluir que el Comité de Ministros contaba con la información necesaria para a lo menos guiar su actuar en el mismo sentido que como lo hizo con el Proyecto Cruz Grande, máxime cuando los objetos de protección son los mismos, no existiendo diferencias científicamente respaldadas que hagan presumir la presencia de otras especies u objetos que deban ser resguardados con medidas particulares. Al menos la autoridad ambiental no entregó antecedentes que demuestren la existencia de una situación no analizada anteriormente, en el sector que comprenden las rutas de navegación.

Septuagésimo primero. Que, para una mejor comprensión de la situación espacial de ambos proyectos y su estrecha vinculación en cuanto a sus rutas de navegación, se incluye la siguiente figura:



Fuente. Expediente Judicial a fojas 122.

Septuagésimo segundo. Que, en consecuencia, y de acuerdo a lo expuesto precedentemente, la similitud de los proyectos mencionados y la suficiencia de la información disponible, se hacía forzoso un actuar bajo los mismos criterios de parte de la autoridad evaluadora o, al menos, fundamentar técnicamente y de manera consistente un obrar en sentido contrario. Por estas razones este Tribunal ha entendido que se ha configurado la alegación de trato desigual en perjuicio del proyecto Dominga, desprendiéndose de los antecedentes aportados -más los ya conocidos del otro proyecto-, la opción de permitir evaluar adecuadamente el Proyecto Dominga.

Septuagésimo tercero. Que, en mérito de lo razonado anteriormente, esta alegación planteada por el Actor, también será acogida.

4.- De la supuesta suficiencia de los análisis de efectos sinérgicos.

Septuagésimo cuarto. Que, según Dominga, a lo largo de la evaluación se desarrolló un completo análisis de los impactos sinérgicos y/o acumulativos del Proyecto por cada componente ambiental, que, desde luego, consideró la existencia del proyecto Cruz Grande.

Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que Dominga realizó el análisis sinérgico para cada componente ambiental en relación con otros proyectos, particularmente con Cruz Grande. Entre los componentes analizados se encuentran: geología, geomorfología y áreas de peligro geológico. A partir de allí, se identificaron tres componentes que compartían una porción del área de influencia de ambos proyectos y sobre los cuales se desarrolló el análisis en detalle de la sinergia, estos fueron: medio marino, medio humano y calidad del aire, tal como lo explicita el ICE del Proyecto.

Que, en definitiva, la Resolución Reclamada adoleció en este aspecto de una grave falta de motivación, en tanto sustentó la supuesta insuficiencia en la evaluación de efectos sinérgicos únicamente en la errada aseveración de que la línea de base sería a su vez insuficiente.

Que, por el contrario, la información de línea de base es completa y adecuada al estándar establecido por el propio Comité de Ministros en el caso del proyecto Cruz Grande, a la vez que el análisis y evaluación de los eventuales efectos sinérgicos con el proyecto Cruz Grande se presentó en forma detallada y completa durante la evaluación, todo lo cual podría haber sido notado por el Comité de haber revisado los antecedentes del expediente de evaluación con seriedad e imparcialidad.

Septuagésimo quinto. Que, según el SEA, la experiencia en la evaluación ambiental luego de varias décadas, ha demostrado que cambios ambientales significativos pueden ocurrir producto de la combinación en el tiempo de efectos individuales menores provenientes de múltiples acciones y, que las medidas ambientales que se definen proyecto a proyecto no son suficientes para garantizar la mantención de ciertos elementos o atributos del medio ambiente en los niveles deseados.

Que, por consiguiente, para la evaluación de los impactos sinérgicos, la suficiencia de la información que se presenta en la línea de base es fundamental, porque describe el estado de cada componente del medio ambiente que se verá afectado por el proyecto, y obliga a considerar en ese análisis, de acuerdo al art. 12 letra b) de la Ley 19.300, todos los proyectos que se encuentren en dicha área de influencia que cuenten con resolución de calificación ambiental. Ahora bien, en razón a lo expuesto en este acuerdo, dado que la línea de base de las rutas de navegación se considera insuficiente para definir los impactos y medidas adecuadas, toda vez que no considera las distintas estaciones del año, tampoco resulta útil para justificar adecuadamente la no significancia de los impactos sinérgicos, particularmente, aquellos asociados a la fauna marina protegida.

Septuagésimo sexto. Que, de la revisión de los antecedentes científico-técnicos revisados y analizados del expediente de evaluación ambiental del Proyecto y los entregados por las partes en esta sede judicial, se puede advertir lo siguiente:

1.- En relación a la evaluación sinérgica de los impactos del proyecto Dominga con el proyecto Cruz Grande.

Conforme a las alegaciones y argumentos de las partes, es dable indicar que en efecto se realizó el análisis sinérgico por componente ambiental en relación a otros proyectos, en específico con Cruz Grande. En este sentido, este Tribunal concuerda al indicar que los componentes analizados, fueron los tres que compartían una porción del área de influencia de ambos proyectos.

2.- En relación al potencial incremento en la posibilidad de introducción de especies exóticas.

De acuerdo a las alegaciones y argumentos de las partes, para el caso del impacto de la introducción de especies exóticas por aguas de lastre, este Tribunal concuerda en determinar que existiría un incremento en la posibilidad de introducción de estas especies, correspondiendo efectivamente a un efecto acumulativo, pero no sinérgico, y que, a efectos de hacerse cargo de este impacto, ambos proyectos cuentan con medidas de mitigación apropiadas.

3.- En relación con una posible colisión con cetáceos y ahuyentamiento de especies de fauna marina.

Conforme a las alegaciones y argumentos de las partes, resulta pertinente indicar que en el caso del impacto con cetáceos y ahuyentamiento de especies de fauna marina en el área de navegación entre la Bahía de Coquimbo y Terminal de Embarque Totoralillo, este Tribunal concuerda que, al operar ambos proyectos, la probabilidad de ocurrencia aumentaría, no obstante el número de colisiones esperadas por año es efectivamente inferior a uno, morigerado además por las medidas propuestas para el desarrollo de la navegación, motivo por el cual este efecto acumulativo se considera no significativo.

4.- Respecto al impacto de modificación de corrientes locales.

En cuanto a las alegaciones y argumentos de las partes, es dable indicar que, respecto de la modificación de las corrientes locales, dado que guarda estricta relación con el movimiento de los barcos dentro de la bahía, en tanto que los proyectos Cruz Grande y Dominga se emplazan en bahías distintas, este Tribunal concuerda en descartar un impacto sinérgico.

5.- En cuanto a la especie Lontra felina.

Respecto de las alegaciones y argumentos de las partes, en relación al medio marino, y en específico a la circunstancia que la actividad de construcción de ambos terminales de embarque podría acotar el ámbito de hogar de la especie *Lontra felina*, para lo cual el Proyecto definió la implementación de refugios artificiales como medida de mitigación, este Tribunal arriba a la conclusión de que la propuesta del Titular en una primera etapa resulta suficiente. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de las líneas de investigación propuestas por Centro de Estudios Científicos se recomienda un abordaje particular para profundizar en estudios poblacionales y de comportamiento del chungungo (*Lontra felina*) en el área de influencia del proyecto.

Septuagésimo séptimo. Que, teniendo presente la estructura lógica y secuencial de la evaluación ambiental, establecida en los diferentes articulados del DS 40, la información y suficiencia de la línea de base marina (“LB marina”), específicamente para las rutas de navegación, resulta fundamental para una adecuada identificación y evaluación de los impactos ambientales. Esto, porque en la LB marina se describe el estado de cada componente del medio ambiente susceptible de ser afectado.

Septuagésimo octavo. Que, en este caso en particular, se declara por parte del Titular una superposición de las rutas de navegación, debiéndose sobre ella, evaluarse los impactos sinérgicos con el proyecto Cruz Grande. Es así, que teniendo presente las consideraciones expuestas en la primera controversia analizada y arribando a la conclusión de que la línea de base del medio marino -en lo que respecta a las rutas de navegación- es suficiente. Por lo tanto, estos sentenciadores arriban a la conclusión de que es posible determinar adecuadamente los impactos sinérgicos para los componentes ambientales de interés, y sus medidas.

Septuagésimo noveno. Que, para la evaluación de los impactos sinérgicos, la suficiencia de la información de la línea base marina es fundamental, toda vez que describe el estado de cada componente del medio ambiente que se verá afectado por el proyecto, y obliga a considerar en ese análisis todos los proyectos que se encuentren en el área de influencia del mismo y que cuenten con resolución de calificación ambiental, situación que ocurre en la especie.

En mérito de lo anterior, y teniendo en cuenta que la línea de base de las rutas de navegación se considera por estos sentenciadores como suficiente para definir los impactos y medidas adecuadas, resulta por consiguiente, en este caso idónea para justificar adecuadamente la significancia o no de los impactos sinérgicos, particularmente, aquellos asociados a la fauna marina protegida.

Octogésimo. Que, con todo lo anterior, a juicio de estos sentenciadores, y contrario a lo señalado por el Comité de Ministros en los Considerandos N°s 30, 30.6, 30.7, 45.1 y 45.2, sí existen los argumentos fácticos y se proporciona la adecuada fundamentación científico-técnica en el expediente de evaluación ambiental (EIA, Adendas y el ICE), que permitieron definir y abordar adecuadamente los impactos sinérgicos en el presente proyecto, en los términos expuestos por el Titular.

Octogésimo primero. Que, en mérito de lo expuesto, está alegación planteada por el Actor también será acogida por este Tribunal.

5.- De la supuesta ausencia de desequilibrio entre impactos y medidas.

Octogésimo segundo. Que, según afirma Dominga, en el Considerando N°31 de la Resolución Reclamada, en relación a las medidas propuestas por el Titular, el Comité de Ministros analizó el supuesto desequilibrio que en su opinión se daría entre los impactos y las medidas de compensación, conforme señaló el SEREMI de Agricultura. A propósito del análisis de impactos sinérgicos, esto es, basar su conclusión únicamente en la supuesta insuficiencia de línea de base para el medio marino, bajo la premisa de que habría estado compuesta sólo de una campaña de muestreo de dos días, cuestión que sería del todo alejada de la realidad.

Octogésimo tercero. Que, según el organismo, el desequilibrio entre impactos y medidas de compensación, es una materia que planteó el SEREMI de Agricultura en la fundamentación de su voto en la sesión de la COEVA, y que luego el Comité de Ministros consideró como debidamente fundado, toda vez que las medidas propuestas se basan en una descripción insuficiente del medio marino.

Octogésimo cuarto. Que, ninguna medida propuesta por el Proponente tendría equivalencia ambiental, ya que no existe línea de base suficiente entregada por el Titular sobre la cual calcular dicha equivalencia y así asegurar que la pérdida neta de biodiversidad sea igual a cero. Ello trae como consecuencia que el proyecto no se haría cargo de los efectos, características y circunstancias que genera.

Octogésimo quinto. Que, de la revisión de los antecedentes científico-técnicos revisados y analizados del expediente de evaluación ambiental del Proyecto y los entregados por las partes en esta sede judicial, se puede indicar lo siguiente:

1.- Que, en consideración a las alegaciones expuestas por las partes, estos sentenciadores arriban a la conclusión de que no se advierte un desequilibrio entre impactos y medidas propuestas. Lo anterior, luego de revisar en extenso el expediente de evaluación ambiental del Proyecto, observando para tal efecto la idoneidad de las medidas propuestas.

2.- Que, lo anterior, tiene un correlato directo con lo razonado por este Tribunal en la controversia referida a la supuesta insuficiencia de la línea de base del medio marino en las rutas de navegación, donde se arriba a la convicción de que tal insuficiencia en la línea de base en comento no está debidamente acreditada. Luego entonces, reconociéndose que la línea de base de este componente es suficiente, es posible concluir que las medidas asociadas sí son adecuadas.

3.- Que, en lo que respecta a los argumentos científico-técnicos que dan cuenta de la suficiencia de la línea de base en lo relativo a las rutas de navegación, estese a las consideraciones y fundamentos expuestos por estos sentenciadores en dicho apartado.

Octogésimo sexto. Que, por consiguiente y a la luz de lo razonado en los considerandos anteriores, está alegación también será acogida por esta magistratura.

DE LAS RECLAMACIONES PAC

Hubo cuatro Reclamaciones PAC presentadas, al Comité de Ministros. Las principales controversias serían las siguientes.

6.- Del supuesto impacto en el recurso hídrico luego del cierre del Sistema de Captación y Devolución de aguas desde el Rajo Sur.

Octogésimo séptimo. Que, de acuerdo a la Empresa, el Comité de Ministros habría calificado como inadecuada la medida de mitigación “Sistema de Captación y Devolución de aguas desde el Rajo Sur” en razón de que no se haría cargo del impacto en el recurso hídrico del acuífero por dos razones, a saber, (i) la medida excedería en duración la vida útil del Proyecto; y, (ii) se asignaría la responsabilidad de la ejecución de la medida a un tercero, haciéndola impracticable –en opinión del Comité- luego del cierre del Proyecto; concluyendo que la medida habría sido sub-dimensionada para la magnitud del impacto estimado.

Que, por lo anterior, agrega que resulta improcedente calificar como carente de idoneidad a una medida, cuando esa conclusión fue extraída por el Comité de Ministros sobre la base de materias que la Dirección General de Agua (“DGA”) no está ni técnica ni legalmente llamada a calificar.

Octogésimo octavo. Que, al respecto el SEA señala que el Proyecto tiene una vida útil de 26,5 años, por lo tanto, plantear una medida a perpetuidad, la cual quedaría bajo la responsabilidad de un tercero, a juicio del Comité de Ministros, no es una medida idónea, por cuanto no se hace cargo del impacto en su real duración.

Octogésimo noveno. Que, de acuerdo a lo anterior, el Comité de Ministros estima que, si bien se reconoce un impacto adverso significativo y existe una medida de mitigación asociada, dicha medida no sería adecuada para hacerse cargo del impacto, toda vez que la medida excede en duración la vida útil del Proyecto y le asigna la responsabilidad a un tercero, siendo impracticable luego de que el Proyecto haga su cierre, y además, sub dimensionada para la magnitud del impacto.

Nonagésimo. Que, de la revisión de todos los documentos de la causa asociados a la controversia se puede determinar lo que a continuación se indica.

Nonagésimo primero. Que, la ingeniería y las obras del Sistema de Captación y Devolución de Aguas desde el Rajo Sur (CDRS), que corresponde a la medida de mitigación del impacto de disminución de la disponibilidad hídrica (depresión de los niveles freáticos y cambio en los flujos subterráneos), se abordan desde el EIA, y se modifican y/o mejoran hasta la Adenda 4, tras diversas observaciones y oficios de los órganos sectoriales. Sin embargo, ni la ingeniería ni las obras son parte de la controversia propiamente tal.

Nonagésimo segundo. Que, la principal discusión se da respecto a la permanencia en el tiempo de esta medida de mitigación, que se plantea como permanente, como señala el ICE “El sistema operará de manera permanente y continua desde el mes 19 de la fase de construcción (...) hasta finalizada la fase de cierre del proyecto y a perpetuidad a continuación de la misma”. Lo anterior dado que el Titular consideraría el impacto de carácter irreversible e indefinido en el tiempo.

Nonagésimo tercero. Que, al respecto, es pertinente indicar que, si bien no son deseables los impactos irreparables e irreversibles, sí existen variados proyectos que presentan este tipo de impactos, en especial en el rubro minero. Lo anterior no es necesariamente causal de rechazo de un proyecto, sino que es necesario evaluar caso a caso, y en especial evaluar las consecuencias de ello y si las medidas que se proponen al respecto son las adecuadas.

Nonagésimo cuarto. Que, la medida de mitigación en controversia se ha planteado a perpetuidad, lo que es consistente con un impacto irreversible e indefinido en el tiempo. Sin embargo, cualquier medida a perpetuidad genera dudas respecto a su real cumplimiento en el tiempo lejano. No obstante, la Ley 20.551, de Cierre de Faenas Mineras, en su art. 55, crea el Fondo para la Gestión de Faenas Mineras Cerradas “cuya finalidad será financiar las actividades determinadas de acuerdo a esta ley, para asegurar en el tiempo la estabilidad física y química del lugar en que se ha efectuado un plan de cierre, así como el resguardo de la vida, salud y seguridad de las personas, de acuerdo a la ley”. Al respecto, Dominga se compromete a efectuar un aporte no reembolsable a dicho fondo en su etapa de post cierre, para que se lleven a cabo las medidas correspondientes, las cuales serían realizadas por SERNAGEOMIN o a quién este designe.

Nonagésimo quinto. Que, en ese mismo sentido, es factible el desarrollo de proyectos que consideren medidas más allá de la vida útil de un proyecto, sobre todo en inversiones de gran envergadura y especialmente asociados a sistemas hidrogeológicos. En esa línea, la medida de mitigación planteada por el Titular no sub dimensionaría los impactos, sino que justamente plantea la medida a perpetuidad debido a la importancia de éste. Sin embargo, es posible que con el tiempo, en especial por los cambios tecnológicos y el mejor entendimiento de los sistemas, existan medidas más apropiadas para hacerse cargo de este impacto en el futuro, lo que sin dudas permitirá adecuar el proyecto al estado de la ciencia en ese momento, pero en el intertanto, la medida como única posible, aparece adecuada, en especial porque el proyecto dejaría financiadas las medidas futuras. Resolver en contrario haría imposible de concretar proyectos mineros de esta magnitud, lo que no es un objetivo de la legislación ambiental, de la Constitución, ni tampoco de los Tratados Internacionales.

Nonagésimo sexto. Que, en línea con lo anterior, existen especificaciones que serían eventualmente abordadas en el Plan de Cierre de detalle que sería presentado a SERNAGEOMIN y, además, existiría nueva información asociada a la actualización del modelo hidrogeológico, la cual se realizaría cada dos años, cuyo fin es conocer mejor el comportamiento del sistema e ir actualizando el año de término de la etapa de post cierre.

Nonagésimo séptimo. Que, a pesar de lo anterior, si el Comité de Ministros determinó que existían medidas poco adecuadas en algún aspecto, la entidad tiene la facultad de modificar la RCA en orden de plantear nuevas y mejores exigencias, como ha ocurrido con otros proyectos. El Comité podría proponer condiciones para eventualmente reducir el tiempo de ejecución de la medida de mitigación en el post cierre.

Nonagésimo octavo. Que, por otro lado, se puede indicar que efectivamente la DGA no es el órgano competente para evaluar cuestiones del “Fondo para la Gestión de Faenas Mineras Cerradas”, dado que le corresponde a SERNAGEOMIN. Sin embargo, dado que la medida y el impacto se refieren a aguas subterráneas, es del todo lógico que este órgano sectorial plantee sus inquietudes respecto a la medida, independiente de sus competencias legales. No obstante, el SERNAGEOMIN, que sí es la entidad competente, se pronuncia conforme al respecto.

Nonagésimo noveno. Que, en ese sentido, SERNAGEOMIN tendría la facultad de solicitar a la DGA su participación en una evaluación de un Plan de Cierre futuro, si lo considera necesario, lo que sería pertinente en una lógica de coordinación de los órganos del Estado.

Centésimo. Que, a modo de conclusión, se puede indicar que si bien es cierto que plantear una medida de mitigación fija en evaluación ambiental, para el cierre y post cierre de un proyecto, puede no ser lo más óptimo debido a los cambios continuos de tecnología, sociales, ambientales, territoriales, etc., y a las incertezas propias del futuro, los argumentos del Comité de Ministros respecto a que la medida excede la vida útil del proyecto y que la responsabilidad recaería sobre un tercero no resultan argumentos suficientes para rechazar el mismo. Sobre todo, cuando este Comité tiene las competencias para cambiar la RCA en dichos aspectos y dado que existe una ley de Cierre de Faenas Mineras, que plantea dejar un fondo que se haga cargo de la implementación de medidas, justamente en el post cierre de proyectos mineros.

Centésimo primero. Que, por lo anteriormente expuesto y en atención a los antecedentes señalados en los considerandos anteriores, estos sentenciadores arriban a la convicción de rechazar la alegación interpuesta.

7.- De la supuesta claridad de la información para descartar impactos adversos en el mar.

Centésimo segundo. Que, según el Actor, la Resolución Reclamada habría errado al haber sacado conclusiones respecto de los efectos en el mar producto de la planta desalinizadora, supuestamente a partir del informe del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (“SERNAPESCA”), cuando la materia que en realidad motivaba la preocupación de este órgano y a la cual se refirió en su informe era otra, a saber, la productividad de las Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (“AMERB”); a la vez que, por otra parte, cayó nuevamente en una incongruencia, por cuanto el impacto sobre la productividad de las AMERB, según concluyó el propio Comité de Ministros en el Considerando N°47 de la resolución recurrida, fue bien evaluada, por lo que rechazó esa materia reclamada.

Que, de esta manera, la Resolución adoleció en este punto de graves vicios de legalidad y no se justificó en absoluto el rechazo al Proyecto por esta materia.

Centésimo tercero. Que, según el SEA al respecto, es posible señalar que no existe confusión o incongruencia, sino que se trata de una evaluación integral de las materias, pues se descartó un efecto adverso significativo sobre las AMERB desde la perspectiva de los recursos económicos, pero sin embargo, no se puede obviar que los ecosistemas marinos son sistemas de alta complejidad, y que un proyecto o actividad tiene distintos efectos en los distintos componentes.

Centésimo cuarto. Que, así las cosas, el Comité de Ministros entiende que la preocupación ciudadana no solo se refiere a las AMERB, por lo tanto, estima que a la luz del pronunciamiento de SERNAPESCA, la materia reclamada no fue debidamente abordada en el proceso de evaluación, ya que existe incertidumbre respecto al tema y no es posible abordar debidamente la observación.

Centésimo quinto. Que, de los antecedentes científico-técnicos revisados y analizados del expediente de evaluación ambiental del Proyecto y los entregados por las partes en esta sede judicial, se pueden señalar las siguientes consideraciones.

Centésimo sexto. Que, en razón de las competencias del SERNAPESCA y la Autoridad Marítima, resulta razonable cuestionar si se justificó adecuadamente que el vertimiento de salmuera en el sector Sur de bahía Totoralillo Norte fue debidamente evaluado y se adoptaron las medidas de resguardo ambiental adecuadas. En este contexto, se debe reflexionar respecto de si con ocasión del presente proyecto cambian las condiciones físico químicas del área y la biodiversidad existente en las AMERB y sectores aledaños.

Centésimo séptimo. Que, la materia en cuestión, fue latamente analizada durante el proceso de evaluación ambiental, y observada por los OAECA. En este sentido, desde lo presentado en el EIA hasta la Adenda 4, se generó secuencialmente información complementaria, la que permitió consecuentemente aclaración de dudas, respecto de la afectación de la descarga de salmuera al mar y los valores de la pluma salina.

Centésimo octavo. Que, así, el propio Comité de Ministros, en su Considerando N° 47, señaló que los impactos están debidamente evaluados no afectándose los bancos naturales de recursos hidrobiológicos y las AMERB. Además, de lo observado por el Comité Ministros en el Considerando N° 46, no se advierte con claridad que aspecto del sistema de descarga de la salmuera resulta poco claro.

Centésimo noveno. Que, en síntesis, de los antecedentes que obran en el expediente de evaluación ambiental no se evidencian cambios significativos en las condiciones físico-químicas y una afectación de importancia sobre la biodiversidad asociada a las AMERB y tampoco cambios relevantes en sectores aledaños, como consecuencia del vertimiento o descarga de salmuera al mar.

Centésimo décimo. Que, seguidamente, contrario a lo esgrimido en la consulta que hace el Comité de Ministros a SERNAPESCA en sede recursiva, en el expediente de evaluación (ICE: Punto XVI Compromisos Voluntarios, literales c y d), se advierte una batería de medidas presentadas por el Titular, con el objeto de descartar el impacto por la descarga de salmuera.

Centésimo undécimo. Que, respecto del reparo efectuado por la Autoridad Marítima durante la evaluación del Proyecto, en lo referido a los valores de la modelación de la pluma salina (número de *Froude*), se advierte que en la Adenda 4 el Titular aclara las dudas. En lo específico, un valor de *Froude* bajo (<1) tiene como consecuencia que la pluma puede devolverse hacia la tubería. En cambio, los valores más altos (normalmente mayores de 10) representan una pluma impulsada por chorros, y consecuentemente, con mayor capacidad de dilución. En el caso de Dominga, el valor es cercano a 30, lo que indica que la pluma de descarga logra una rápida dilución. Lo relativo al signo negativo (-) depende únicamente de la herramienta de modelación utilizada, *software Visual Plumes* (utilizado y sugerido por DIRECTEMAR, y validado científicamente, a pesar de ser gratuito y tenga años en operación)², sin tener reflejo en algún potencial impacto en las AMERB o en el mar. Y es que el signo negativo únicamente expresa el hecho de que la salmuera, por su mayor peso respecto del agua de mar, tenderá a irse hacia el fondo marino.

Centésimo duodécimo. Que, sin perjuicio de lo anterior, la Autoridad Marítima manifiesta la necesidad de contar con un monitoreo de la salinidad durante la operación del proyecto, debiendo el Titular, cumplir el plan de seguimiento ambiental detallado en el Oficio G.M. COQ. Ord. N°12600/670, de fecha 07 de diciembre de 2017. A su vez, el mismo plan fue solicitado por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura en su pronunciamiento indicado en el Oficio Ord. N°61 de fecha 17 de febrero de 2017.

Centésimo decimotercero. Que, así las cosas, se entiende que de no haber manifestado reparos sustanciales los OAECA, simplemente no se hubiese planteado una salida a través de la concreción de un plan de seguimiento ambiental sobre la materia, y hubiese actuado de manera más conservadora.

Centésimo decimocuarto. Que, en definitiva, se aprecia que las preocupaciones PAC fueron debidamente resueltas, a la luz de lo observado por SERNAPESCA y la Autoridad Marítima en el ámbito de sus competencias, y de los criterios asentados en el período de evaluación del proyecto.

Centésimo decimoquinto. Que, en consecuencia, y en virtud de lo anteriormente razonado, esta alegación también será acogida por este Tribunal.

8.- De la supuesta insignificancia de impactos por aporte de material particulado sedimentable (“MPS”).

Centésimo decimosexto. Que, según Dominga, el Comité de Ministros, al resolver sobre este tema, dejó en evidencia, una vez más, su desconocimiento de los antecedentes de la evaluación del Proyecto.

Que, asimismo, reveló su incorrecta comprensión de la normativa ambiental, pues desatendió los lineamientos entregados por las guías para la evaluación ambiental del SEA, pretendiendo aplicar otro estándar para el Proyecto Dominga y con ello, incurriendo en una discriminación arbitraria y vulnerando el principio de igualdad ante la ley.

² Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (20015), Directrices para la evaluación ambiental de proyectos industriales de desalación en jurisdicción de la Autoridad Marítima, P.11.

Que, la medición del impacto en la calidad del aire por MPS, se realizó utilizando como referencia la Norma de Calidad de Aire para Material Particulado Sedimentable en la cuenca del Río Huasco, Región de Atacama (D.S. N°4/92), que establece los valores máximos en concentración anual y mensual para el MPS.

Que, en consecuencia, la evaluación de impactos se realizó correctamente, aplicando lo dispuesto por la Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Efectos Adversos Sobre Recursos Naturales Renovables (SEA, 2015).

Centésimo decimoséptimo. Que, de acuerdo a la opinión del SEA, no existe confusión ni vulneración de lo que la mencionada Guía indica, ya que el Titular se compara con la condición de base del área de influencia, que por cierto es de altas concentraciones de MPS, subestimando el análisis, en particular, la magnitud del impacto.

Que, agrega el SEA que el mismo Titular, en su ejercicio de comparación con la norma de referencia muestra un porcentaje de aporte del proyecto mayor al 5%, en etapa de operación, en el punto "MPS". Por lo tanto, su evaluación del impacto está claramente subestimada para este punto. Así, la preocupación ciudadana no fue abordada correctamente durante el proceso de evaluación, por tanto, el CM debía acoger su materia reclamada, tal como lo hizo.

Centésimo decimooctavo. Que, respecto de la modelación de los aportes contaminantes (en este caso de MPS) y de la comparación con la norma de referencia, Dominga determinó, de acuerdo a sus mediciones, que el MPS supera la norma en todos los puntos estudiados. Esta norma corresponde a la Norma de Calidad de Aire para Material Particulado Sedimentable en la cuenca del Río Huasco D.S. N°4/92, cuyo objeto de protección son las áreas silvoagropecuarias y los recursos naturales renovables y, en especial, los olivos.

Centésimo decimonoveno. Que, para la evaluación de impacto, Dominga se habría basado en la Guía "Efectos adversos sobre los recursos naturales renovables" (SEA, 2015), la cual entrega lineamientos (criterios y consideraciones) para la evaluación de impactos y se refiere a distintas situaciones de evaluación (casos), pero esta guía no entrega una metodología de evaluación de la significancia. Esta guía deja a criterio del Titular la evaluación de impactos y plantea que la significancia debe evaluarse caso a caso, para el escenario de zona en estado de saturación.

Centésimo vigésimo. Que, el Titular habría analizado los criterios de la referida guía para definir la significancia del impacto, el cual considera como no significativo basado en una baja cantidad (modelada) porcentual respecto a la línea de base y a la norma considerada. Al respecto, se puede indicar que este análisis podría haber tenido un mejor estándar, con un análisis apropiado de las variables meteorológicas para validar los modelos y profundizando en las razones de fondo de por qué el aporte no sería significativo a juicio de la Empresa, en términos de afectación a los recursos naturales y no estadísticos, sobre todo cuando la norma de referencia no se adecúa al contexto del Proyecto. Sin embargo, lo anterior no implicaría necesariamente llegar a otro resultado en la evaluación de significancia.

Centésimo vigésimo primero. Que, sin embargo, lo anterior no es planteado en estos términos por el Comité de Ministros. En específico, la guía referida sí permite llevar a cabo el análisis de significancia para casos donde se encuentra la zona ya saturada según una norma de referencia, como lo hizo la Empresa. Esta guía efectivamente no indica que solo por el hecho de que la línea de base sea de saturación el efecto es sí o sí significativo —como indicaría la Resolución 1146—, sino que se debe evaluar caso a caso.

Centésimo vigésimo segundo. Que, respecto al actuar del SEA asociado al análisis de significancia, se puede indicar que existen distintos criterios utilizados en diferentes proyectos mineros, algunos considerando los efectos como significativos y otros no, para zonas en condición de base saturadas, y aportes considerados 'bajos' por los titulares. No se visualiza un patrón claro del SEA respecto a este punto, institución que ha aprobado proyectos que consideran aportes de MPS como impacto significativo y otros como no significativo, en lugares con línea de base con saturación.

Centésimo vigésimo tercero. Que, por su parte, se estima que resulta necesario tener normas secundarias pertinentes, puesto que la usada de referencia no se adecúa a los contextos de las localidades estudiadas, que tienen condiciones meteorológicas, climáticas, industriales, demográficas, etc., diferentes a la norma de referencia, como asimismo, el declarar zona de saturación en lugares donde corresponda.

Centésimo vigésimo cuarto. Que, se puede indicar que el Comité de Ministros no aborda de manera adecuada el punto controvertido, y el SEA efectivamente no se hace cargo adecuadamente de la justificación, dado que el fundamento utilizado en la Resolución 1146 no sería suficiente para resolver el punto ni para rechazar un

proyecto. A su vez, el Comité de Ministros tiene la facultad de modificar fragmentos de las RCA y adecuarlas a una mejor evaluación ambiental.

Centésimo vigésimo quinto. Que, a modo de conclusión, se puede indicar que si bien se podría cuestionar la metodología utilizada por la Empresa para evaluar la significancia (o también la calidad de la información de la línea de base), o cuestionar la pertinencia de las normas secundarias utilizadas en el sector dado que no son específicas para la zona (pero que es la que existe y que el Titular podía utilizar), el Comité de Ministros concluye solo respecto a que por el hecho de estar (el Proyecto) en una zona saturada debía evaluarse como significativo el impacto de MPS, planteamiento que no es suficiente dado que la misma Guía del SEA permite evaluar la significancia en cada caso en particular, en contextos de línea de base de MPS de zonas saturadas, por lo que no fue bien fundamentado el punto por el Comité de Ministros.

Centésimo vigésimo sexto. Que, en consecuencia, en virtud de lo razonado en los considerandos anteriores esta alegación planteada por el Actor, también será acogida por este Tribunal.

9.- De la supuesta insuficiencia de la medida de compensación para el impacto en el proceso de nidificación del Pingüino de Humboldt.

Centésimo vigésimo séptimo. Que, en relación a la medida de compensación propuesta por el Titular a ser implementada en el Isote Pájaros I, el Comité de Ministros, en el Considerando N°50, tras hacer referencia a los informes evacuados por CONAF y la Subsecretaría del Medio Ambiente ("SubMMA"), afirmó que "de los antecedentes del proceso, no es posible concluir que la medida propuesta logre un efecto positivo alternativo y equivalente en el impacto de alteración del proceso de nidificación de Pingüino de Humboldt, considerándose sub estimada e inadecuada; por lo tanto, se debe acoger la materia Reclamada".

Que, todo lo anterior, - que no fue relevado sino en la etapa recursiva según la Empresa -, habría afectado una vez más los principios de contradictoriedad y congruencia en su perjuicio.

Que, luego, el Comité afirmó que la medida no sería adecuada para producir un efecto alternativo y equivalente, aspecto que no fue cuestionado durante la evaluación por los OAECA, en ningún punto de la evaluación ni menos en la etapa recursiva, de manera que el Titular no tuvo la oportunidad de aclararlo, evidenciándose una nueva falta al principio de contradictoriedad.

Centésimo vigésimo octavo. Que, según el SEA, la observación dice literalmente lo siguiente:

"El Proyecto Dominga no analiza y aclara si la medida de compensación propuesta cumple con los criterios mínimos expuestos en la normativa ambiental, explicados en la Guía para la Compensación de Biodiversidad. El sustento de lo anterior en la regulación nacional se encuentra en el artículo 100 del Reglamento del SEIA, en el cual se indica que la compensación tiene como finalidad generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado (referente a los efectos detallados en el artículo 11 de la Ley 19.300). Lo indicado expresa la exigencia de generar un efecto positivo alternativo y al mismo tiempo requiere que tal efecto sea equivalente, lo que implica una pérdida neta cero. El mismo artículo del Reglamento señala que debe hacerse la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función, los que representan requisitos de equivalencia".

Que en etapa recursiva CONAF mantiene su pronunciamiento inconforme, mientras que la SubMMA indica que se reconocen impactos sobre objetos de conservación que no son mitigables. Agrega que se proponen medidas de compensación que no generan un efecto positivo alternativo y equivalente al efecto adverso identificado (o que su efectividad resulta insuficiente).

Que, lo anterior, es compartido por el Comité de Ministros, ya que, tal como señala CONAF, de los antecedentes del proceso, no es posible concluir que la medida propuesta logre un efecto positivo alternativo y equivalente en el impacto de alteración del proceso de nidificación del Pingüino de Humboldt, considerándose sub estimada e inadecuada, por lo tanto, se debe acoger la materia reclamada.

Que, a mayor abundamiento, en el análisis de todos los recursos, es necesario enfatizar que el CM ha tenido a la vista que el archipiélago que conforman las islas de la bahía de Coquimbo alberga el 80% de la población reproductiva del Pingüino de Humboldt a nivel mundial, lo que incluye la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt, la Reserva Marina Islas Choros y Damas y Sitios Prioritarios de Conservación de la Biodiversidad "Reserva Marina Punta Choros y Punta Teatinos " hasta Quebrada Honda - donde se incluyen las Islas Pájaros-.

Centésimo vigésimo noveno. Que, de la revisión de los antecedentes científico-técnicos revisados y analizados del expediente de evaluación ambiental del Proyecto y los entregados por las partes en esta sede judicial, se puede advertir lo siguiente.

Centésimo trigésimo. Que, en orden a delimitar los contornos de la controversia y abordar adecuadamente sus diferentes dimensiones, en primer término, este Tribunal se referirá a aspectos relacionados con las medidas de mitigación, para posteriormente razonar respecto de la propuesta de medida de compensación. Sobre el particular, resulta útil traer a colación algunos elementos de contexto latamente expuestos en el expediente de evaluación ambiental del Proyecto.

Centésimo trigésimo primero. Que, al respecto, en el EIA del Proyecto, Cap. 5 el Titular “Lista” un número de medidas de mitigación genéricas, a saber:

Código: CMM-4

Impacto: Pérdida de sitio de nidificación de Pingüino de Humboldt (*Spheniscus humboldti*), debido a la construcción de obras marítimas.

Las medidas específicas a ser implementadas, en conjunto con las generales ya descritas, consideran:

- ✓ Sugerir a la Autoridad Marítima la implementación de una zona de restricción, a la navegación de embarcaciones menores en el entorno de los Islotes Farellones (o islote Totoralillo Norte).
- ✓ No se utilizarán expansivos ni tronaduras en las primeras horas de la mañana (06:00-08:00), ni tampoco al atardecer (18:00-19:00), periodos en los cuales la especie realiza el “cambio de turno” para la incubación y cuidado de polluelos.
- ✓ Elaboración y distribución de trípticos y señalética que destaque la presencia, distribución y legislación vigente, asociada a fauna marina con problemas de conservación presentes en el entorno del Terminal de Embarque.
- ✓ Instrucciones periódicas (semanales) al personal para no realizar acciones tales como perseguir, acosar y cazar, a fin de evitar molestias y/o stress en la población de pingüinos producto de las operaciones del Puerto y su personal asociado.

Centésimo trigésimo segundo. Que, de igual forma en el Anexo ME-18 del EIA el Titular presenta un documento denominado “Plan de Medidas de Protección de Sitios de Nidificación de Pingüino de Humboldt” y la implementación de un “Plan de desratización en el Islote Pájaros 1”, cuyo detalle se encuentra en el Anexo ME-19 y refundido en el Anexo IV.1 de la Adenda 1. En la referida adenda, se incluye el denominado “Bases para el manejo ecosistémico de la biodiversidad asociada al proyecto Dominga”.

Centésimo trigésimo tercero. Que, pese a lo indicado en extenso en el punto anterior, en la Adenda 3 el Titular señala que no es factible implementar medidas de mitigación, indicando que el impacto residual corresponde al total del impacto estimado inicialmente.

Que, a todas luces se advierte un contrasentido, ya que se listan medidas de mitigación en el proceso de evaluación ambiental, en distintas etapas, las cuales son complementadas inclusive, para luego desestimarlas en la Adenda 3. Para tal efecto, se hace referencia a que el impacto residual corresponde al total del impacto estimado, sin embargo el Titular no razona o fundamenta adecuadamente respecto de este cambio de criterio. De plano entonces, y como se señaló en el punto anterior, el Titular descarta que sea factible implementar medidas de mitigación o reparación previo al establecimiento de la medida de compensación.

Centésimo trigésimo cuarto. Que, respecto de la medida de compensación, estos sentenciadores no visualizan con claridad que la medida propuesta sea idónea en atención al impacto y sus efectos sobre la colonia reproductiva en Totoralillo Norte. Esto, más allá de las “cuentas” referenciadas que indicarían un número de huevos potencialmente perdidos y la propuesta de compensación a través del control de la especie invasora *Rattus rattus* en el Islote Pájaros 1, teniendo como consecuencia la disminución de la depredación sobre huevos y polluelos de la población de Pingüinos de Humboldt en aquel islote.

Centésimo trigésimo quinto. Que, el fundamento esgrimido en sede de evaluación ambiental, a juicio de estos sentenciadores adolece de una adecuada razonabilidad, cuando producto de la evaluación de impactos ambientales (emisiones de ruido debido a la construcción de las obras portuarias y luego como consecuencia de

la operación del puerto) se asume de manera lineal y no empírica, la pérdida de 742 huevos por un periodo de 26,5 años en el peor escenario posible, debido a que 14 parejas nidificantes abandonarían el Islote Totoralillo.

Centésimo trigésimo sexto. Que, dadas las características intrínsecas de la especie, se pudieron accionar medidas de mitigación más innovadoras, recogiendo la experiencia nacional e internacional en el manejo de esta especie, por ejemplo a través del manejo de ejemplares en cautiverio, lo que implica el rescate de adultos y/o huevos, reproducción de especímenes y posterior relocalización en el mismo hábitat u otros de características similares (previo marcaje para posterior seguimiento). El manejo de especies en cautiverio, pudiese inclusive contribuir al aporte de ejemplares hacia el medio natural o la creación de un centro de rescate especializado, único en su género para la región o el país.

Centésimo trigésimo séptimo. Que, al respecto, no se hace un ejercicio de ir considerando escenarios diferenciados y como lógica consecuencia la generación de propuestas del mismo tenor, tanto para la etapa de construcción y operación del Proyecto. Si bien las evaluaciones de impactos ambientales deben considerar, por naturaleza, los peores escenarios posibles, se pueden evaluar propuestas diferenciadas, con un plan de medidas de mitigación como las observadas anteriormente por estos sentenciadores, acompañado de un adecuado plan de seguimiento y acciones complementarias. Todo lo anterior, podría dar cuenta si efectivamente en un espacio temporal, las parejas nidificantes pudiesen recolonizar o no el Islote Totoralillo.

Centésimo trigésimo octavo. Que, en virtud a los argumentos expuestos anteriormente, este Tribunal advierte una debilidad en la forma de cómo abordar la problemática en general asociada a la afectación del Pingüino de Humboldt en el islote Totoralillo Norte, desde el proceso de evaluación ambiental del proyecto. Tanto es así, que el Titular no considera de manera específica medidas de mitigación innovadoras ante el impacto identificado, así como propuestas alternativas de medidas compensatorias, al tiempo que los OAECA tampoco reparan en el hecho de recomendar u observar tales acciones, recogiendo la vasta experiencia en el manejo de la especie Pingüino de Humboldt en el contexto nacional e internacional.

Centésimo trigésimo noveno. Que, continuando en lo que dice relación con la medida de compensación propuesta y contrastando las recomendaciones y alcances de la Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA (2014), que de acuerdo a lo señalado por el Titular fue utilizada para proponer la medida de compensación; se advierte por parte de estos sentenciadores una serie de inconsistencias y aspectos que no fueron del todo debidamente considerados y/o fundamentados a la hora de suscribir la propuesta.

Centésimo cuadragésimo. Que, en lo específico, no se vislumbra una adecuada fundamentación respecto del cómo fue interpretado el concepto denominado jerarquía de medidas (mitigar, reparar, compensar). Al respecto, una de las premisas fundamentales es que las medidas de compensación se aplican sólo a los impactos residuales. La compensación tiene como finalidad generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado (art. 100 DS 40). El mismo artículo del reglamento señala que debe hacerse la sustitución de los recursos naturales o elementos del medioambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función, los que representan requisitos de equivalencia.

Centésimo cuadragésimo primero. Que, respecto del único sitio propuesto (Islote pájaros 1), estas variables no se tuvieron a la vista y quedan sujetas a una etapa posterior con la elaboración de estudios complementarios (cuyo detalle se encuentra en el Anexo ME-19 y refundido en el Anexo IV.1 de la Adenda 1.), sustentando la medida de compensación solamente con datos del año 2003, de acuerdo al estudio elaborado por Simeone & Luna-Jorquera (2012)³.

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, la medida propuesta no se ajusta al estándar de compensación de biodiversidad apropiada, y no fundamenta debidamente como cumpliría con el requisito de equivalencia y adicionalidad. Además, no se expresan con total claridad cómo el Titular se hace cargo de los límites para la compensación, en cuanto irremplazabilidad y vulnerabilidad. A mayor abundamiento, no se observa un desarrollo armónico de las etapas (7) comprendidas para el diseño de compensaciones de biodiversidad, según se desprende de lo establecido en la Guía señalada precedentemente. A mayor abundamiento, para este Tribunal resultó esclarecedor los argumentos científico-técnicos que sobre la materia se acompañan a fs. 1866 y siguientes de estos autos.

³ A. Simeone y G. Luna-Jorquera. 2012. Estimating rat predation on Humboldt Penguin colonies in north-central Chile [“Estimando la depredación por ratas sobre colonias de pingüino de Humboldt en el centro-norte de Chile”]. *Journal of Ornithology* 153: 1079- 1085.

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, a juicio de estos sentenciadores, el tema central no se centra necesariamente en si la erradicación de ratas es buena o mala medida, para compensar la pérdida potencial de huevos. Quizás es razonable y bajo otro contexto totalmente pertinente (en atención por los casos que se han implementado en la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt por la propia CONAF y lo descrito en la literatura especializada), el tema en cuestión es que para este caso en particular, como medida de compensación, resulta no estar del todo justificada al tenor de los preceptos establecidos en la propia guía a que hace referencia el Titular. En consecuencia, la propuesta presenta un cuestionamiento de base, que con los antecedentes revisados y analizados por estos sentenciadores resulta ser inidónea.

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que, por lo tanto y mérito de lo expuesto, esta alegación será rechazada por parte de este Tribunal, más aquello no deriva en una conclusión de rechazo del proyecto Dominga desde que, primero, la parte de la colonia de especies afectadas es muy menor a la existente en la zona, y, segundo, como se dijo, existen alternativas para abordar el problema y mitigar los perjuicios, que pueden ser subsanadas en la etapa de evaluación que debiera tener lugar atendido lo que se resolverá en la parte dispositiva de este fallo.

10.- De la supuesta ilegalidad en la posición sobre la evaluación del impacto de barreras eólicas en la avifauna.

Centésimo cuadragésimo quinto. Que, Dominga señala que tal materia constituyó simplemente un tema nuevo, nunca antes tratado en las observaciones ciudadanas formuladas durante la evaluación ni en la respuesta del SEA a cada una de ellas, sino que sólo fue incorporado, por primera vez, en la instancia recursiva.

Que, en efecto, la observación originalmente realizada durante la PAC cuestionaba la idoneidad de la medida de mitigación de acopios de concentrado de hierro, para hacerse cargo del impacto en la calidad de aire. Tal observación fue adecuadamente respondida por el SEA, en base a todos los antecedentes acompañados por el Titular durante la evaluación, que dieron cuenta de la eficiencia de las pantallas eólicas como medida de mitigación para la fuga de material particulado. Sin embargo, los Reclamantes introdujeron como tema nuevo el riesgo de colisión de las aves con las barreras, lo que en ningún momento de la evaluación fue consultado por los observantes PAC ni las autoridades evaluadoras.

Que, en síntesis, la decisión del Comité de Ministros de acoger las reclamaciones PAC en cuanto al impacto de colisión de aves con las barreras eólicas infringió el principio de contradictoriedad y congruencia y demostró la reiterada falta de congruencia y de fundamentación en la Resolución Reclamada; además de revelar, de manera extemporánea, un impacto inexistente.

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, señala el SEA que efectivamente, como lo indica el Reclamante, en la observación original, se solicita lo siguiente: "El Proyecto Dominga no presenta la información técnica referida a la implementación y efectividad de la medida de mitigación 'barreras eólicas' que se ubicarán en el acopio de concentrado de hierro. Si bien la autoridad solicita reiteradas veces encapsular la cancha de acopio, el Titular se escuda en que la medida es adecuada, sin embargo no existe información que avale lo anterior, dado que para utilizar este tipo de medidas (barreras eólicas) es fundamental utilizar los criterios establecidos por la EPA, presentar un modelo numérico que acredite que es posible reducir las emisiones considerando el lugar geográfico en el cual es ubicado el Proyecto".

Que, luego, en la instancia administrativa el Comité de Ministros aborda la preocupación sobre las barreras eólicas, analizando de manera integral los impactos relacionados sobre ello, incluyendo la avifauna. Sobre la base de aquello, se concluyó que en el proceso de evaluación no consideró el impacto que pudiesen tener las barreras eólicas para el componente ambiental avifauna.

Que, en base a ello se concluyó que el Titular no consideró el impacto de las pantallas eólicas para el componente ambiental avifauna, razón por la que no se presentó información respecto de este impacto.

Que, de la revisión de los antecedentes científico-técnicos revisados y analizados del expediente de evaluación ambiental del Proyecto y los entregados por las partes en esta sede judicial, se puede indicar que, un primer elemento a tener en cuenta dice relación con lo que se podría considerar un vicio como consecuencia de la evaluación ambiental del proyecto, no atribuible al Titular del mismo, sino más bien al ente evaluador. Esto por cuanto en ninguna instancia del proceso de evaluación ambiental y sus 4 Adendas, se hizo observación

alguna respecto del eventual impacto de las pantallas sobre la avifauna, para que el Reclamante pudiese abordar dicha cuestión y entregar la información pertinente que fuese debidamente evaluada por la autoridad.

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que, tanto es así, que el Servicio Agrícola y Ganadero (“SAG”) en ninguna etapa manifestó que correspondía evaluar un impacto en avifauna asociada a las barreras eólicas, mientras que el pronunciamiento de la SubMMA en la etapa recursiva no se condice con el comportamiento de los OAECA dentro de la evaluación ambiental del Proyecto, ni tampoco con las guías de evaluación de impactos de avifauna elaborada por el SAG, ni con la evaluación ambiental de otros proyectos.

Centésimo cuadragésimo octavo. Que, en síntesis, el Reclamante no consideró eventuales impactos de las pantallas eólicas sobre la avifauna durante toda la evaluación ambiental (incluida la PAC), ya que esta materia no fue debidamente advertida ni observada por los OAECA y siempre la discusión se centró en lo relativo a las emisiones de concentrado de hierro y la efectividad de las barreras eólicas. Luego el Reclamante conoció en instancia recursiva de lo argumentado por el Comité de Ministros sin poder entregar antecedentes que permitiesen aclarar esta materia.

Centésimo cuadragésimo noveno. Que, en lo que respecta a la colisión de las aves con las barreras eólicas, desde el punto de vista técnico- científico, está latamente documentado y validadas medidas para evitar la colisión de las aves con estructuras que por su naturaleza no pueden visualizar las aves desde una corta distancia, considerando “las rutas de vuelo” de algunas especies. En específico, es cierto que sobre esta materia son los impactos asociados a colisiones y/o electrocución con cables “guarda” de líneas de alta tensión de líneas eléctricas donde se han centrado y evaluado los riesgos de colisión, e implementado medidas de mitigación.

Centésimo quincuagésimo. Que, respecto de lo anterior, la autoridad competente en este caso el SAG, a través de diferentes publicaciones elaboradas en distintos períodos de tiempo ha sido consistente en relevar esta problemática. Es así que se puede mencionar lo siguiente:

- 1.- Un primer documento técnico denominado “Medidas de Mitigación de Impactos en Aves Silvestres y Murciélagos”⁴, donde se identifican medidas de mitigación de impactos de los proyectos de líneas de transmisión de energía, que son el resultado de la sistematización de publicaciones científicas e informes técnicos a nivel nacional e internacional. En este documento se indica que los impactos ocasionados por proyectos de conducción eléctrica sobre aves son, principalmente, la electrocución y la colisión.
- 2.- Una segunda contribución que se refiere a la misma temática en particular corresponde a la “Guía para la Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos Eólicos y de Líneas de Transformación Eléctrica en Aves Silvestres y Murciélagos”⁵.
- 3.- Un tercer referente técnico elaborado por el SAG es la “Guía de Evaluación Ambiental Componente Fauna Silvestre”⁶, la cual se refiere, entre otras materias, a la caracterización del recurso natural fauna silvestre, y la necesidad de identificar y evaluar los impactos significativos sobre dicha componente, los que pueden generar la pérdida de fauna producto de la “Colisión y/o electrocución de ejemplares por intervención de espacios de vuelo: las líneas de transmisión constituyen un obstáculo dentro del hábitat, ya que impiden el libre desplazamiento y no siempre son claramente visibles, lo que provoca colisiones que generalmente se traducen en la muerte del animal. A esto se suma la electrocución de individuos que, al posarse en las líneas o postes, hacen contacto con dos puntos con diferencias de conducción eléctrica”. Luego como medidas de mitigación ambiental, se consideran: i) Instalación de dispositivos anticolidión en los conductores de las líneas de transmisión eléctrica, enfatizando en rutas de vuelo y/o áreas de concentración de aves según características del Proyecto, para aumentar su visibilidad y evitar colisión de las aves; ii) Utilizar aislación en postes y crucetas que no conduzcan electricidad y iii) Implementación de una distancia de seguridad entre conductores para evitar la electrocución.

⁴ González, G., Ossa, G., Sánchez Reyes, L., & Silva Caballero, R. (2014). *Medidas de Mitigación de Impactos en Aves Silvestres y Murciélagos*. Santiago: Servicio Agrícola y Ganadero (SAG).

⁵ Servicio Agrícola y Ganadero. (2015.). *Guía para la Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos Eólicos y de Líneas de Transmisión Eléctrica en Aves Silvestres y Murciélagos*. Santiago, Chile 120 p.: Ministerio de Agricultura.

⁶ Servicio Agrícola Y Ganadero. (2016.). *Guía de Evaluación Ambiental Componente Fauna Silvestre*. Santiago, Chile.: División de Protección de los Recursos Naturales Renovables, SAG.

Centésimo quincuagésimo primero. Que, con todo lo anterior, es posible concluir que el riesgo de colisión de las aves se vincula principalmente a la menor visibilidad del objeto con el cual potencialmente colisionarían las aves y según se ha referenciado, la problemática se relaciona con los impactos producto de la colisión de las aves con cables de guarda de las líneas de alta tensión, no pudiendo hacer extensiva este tipo de impactos a estructuras que por su naturaleza son visibles por las aves, como lo serían las barreras eólicas.

Centésimo quincuagésimo segundo. Que, sin perjuicio de lo razonado en el considerando anterior, resulta pertinente para estos sentenciadores relevar la importancia de evaluar el efecto atrayente de las luminarias de las barreras eólicas, así como de la infraestructura portuaria en su conjunto, respecto sobre la avifauna marina.

Que, teniendo la prevención que esta materia no fue relevada al Titular del Proyecto durante la evaluación ambiental del mismo, por lo cual tampoco tuvo la oportunidad de hacerse cargo de ella, es una cuestión de máxima importancia y sobre la cual estos sentenciadores traen a colación.

Que, CONAF en la Adenda 3, mediante ORD. N°2-EA/2017 de fecha 4 de enero de 2017, se refirió a la contaminación lumínica que generará el proyecto en el Puerto y los buques en su operación. Enfatiza que el impacto de la iluminación artificial en zonas cercanas a hábitat de aves, principalmente petreles, se encuentra demostrada en la literatura científica especializada. Señala que los efectos desorientadores de las luminarias son ampliamente conocidos por las comunidades humanas del entorno por tratarse de aves costeras, así referencia Oficio N°9/2015 de fecha 09 de julio del 2015 en que CONAF informa de mortalidad de ejemplares de Patos Yunco (en peligro de extinción) producto de la luminaria del estadio del pueblo de Punta de Choros al alcalde la I. Municipalidad de La Higuera y solicita medidas al respecto. Este OAECA reitera dicha problemática en la Adenda 4, mediante ORD. N° 23 de fecha 17 de febrero de 2017 y en etapa recursiva, mediante Ord. N° 3545 de fecha 27 de julio 2017.

Que, de la revisión del expediente de evaluación ambiental no se observan estudios relacionados sobre la materia, específicamente con la elaboración de una línea base de la avifauna en los sectores antes mencionados, que den cuenta principalmente de las especies presentes en el área, sus rutas de vuelo, estacionalidad y demás variables de interés que permitan identificar y abordar este tipo de impactos potenciales. Es así que con la información base, se podrían considerar las medidas de resguardo ambiental que sean pertinentes.

Respecto de lo anterior, cabe señalar que el uso de luminarias durante la noche en zonas portuarias y la mortalidad de aves marinas, afecta a uno de los grupos más sensibles como lo son los petreles del orden Procellariiformes (Ej Pato Yunco, golondrinas de mar, entre otros grupos), siendo especialmente atraídos hacia la luz y se ven desorientados por ésta⁷. A mayor abundamiento, las luces artificiales nocturnas causan una alta mortalidad especialmente en los polluelos de las aves marinas que anidan en madrigueras y, en menor medida, los adultos, los cuales son atraídos y luego aterrizados (es decir, obligados a aterrizar) por las luces cuando vuelan de noche. Las acciones que se necesitan con más urgencia para mitigar y comprender la mortalidad de las aves marinas inducidas por la luz son: la estimación de la mortalidad y los efectos sobre las poblaciones; determinación de los niveles de umbral de luz y distancias seguras de las fuentes de luz; documentación del destino de las aves rescatadas e investigar respecto de las luces aptas para las aves marinas, para reducir así la atracción⁹.

Que, en consideración a lo anterior se advierte una oportunidad, para que en la instancia que corresponda, se complemente la información técnica y así se evalúen adecuadamente estos potenciales impactos no cubiertos en las etapas previas del proyecto.

Centésimo quincuagésimo tercero. Que, en mérito de lo razonado anteriormente y teniendo en cuenta los lineamientos propuestos por este Tribunal en los considerandos anteriores, esta alegación será acogida también por parte de este Tribunal.

11.- De la supuesta suficiencia de las áreas de exclusión.

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que, para la Compañía, los Considerando que precedieron a la conclusión a que arribó el Comité contienen errores graves, como son el haber entremezclado temas que no guardaban

⁷ Croxall, J., Butchart, S., Lascelles, B., Stattersfield, A., Sullivan, B., Symes, A., & Taylor, P. (2012). Estado de conservación de las aves marinas, amenazas y acciones prioritarias: una evaluación global. *Conservation International*, 22, 1-34.

⁸ Imber, M. (1975). Behaviour of petrels in relation to the moon and artificial lights. *Notornis*, 22, 302-306.

⁹ Rodríguez, A., Holmes, N., Ryan, P., Wilson, K.-J., Faulquier, L., Murillo, Y., Le Corre, M. (2017). Seabird mortality induced by land-based artificial lights. *Conservation Biology*, 31.(5.), 987-1001.

relación alguna entre sí, omitir medidas propuestas por el Titular y realizar afirmaciones que no se concedían con la realidad del Proyecto.

Que, lo anterior trae como consecuencia, que se puede afirmar que el Proyecto no se hiciera cargo de los impactos sinérgicos o acumulativos para efectos de definir las áreas de exclusión en cuestión, puesto que éstas para efectos de la navegación fueron definidas considerando las del proyecto Cruz Grande y, además, se desarrolló un análisis detallado sobre la sinergia, como puede concluirse de revisarse objetivamente en el expediente.

Que, en consecuencia, siendo ambos fundamentos, a saber, la supuesta equivalencia de las áreas de exclusión y la falta de consideración de los impactos sinérgicos del todo erróneos, la conclusión acerca de la supuesta falta de efectividad de las áreas de exclusión no puede sostenerse y corresponde que se rechace este acápite de la Reclamación PAC, declarándose la falta de debida motivación de que adoleció la Resolución Reclamada del Comité de Ministros en este punto.

Centésimo quincuagésimo quinto. Que, de acuerdo a la opinión del SEA, el Reclamante hace una serie de comparaciones de superficies de áreas de exclusión con el proyecto Puerto Cruz Grande, que claramente no son el sustento de la decisión del Comité de Ministros. Nunca la discusión estuvo en la superficie de las áreas de exclusión, sino que la línea de base y la evaluación de los impactos no fue la suficiente ni adecuada para arribar a la conclusión a la que llega el Titular respecto de las áreas de exclusión.

Centésimo quincuagésimo sexto. Que, de la lectura de los antecedentes científico-técnicos revisados y analizados del expediente de evaluación ambiental del Proyecto y los entregados por las partes en esta sede judicial, se puede concluir lo siguiente.

Centésimo quincuagésimo séptimo. Que, se advierte por parte de estos sentenciadores, que efectivamente como lo representa el Reclamante, las fundamentaciones expuestas por el Comité de Ministros en la Resolución Reclamada (Considerandos N°s 52.1 y 52.2) distan bastante de las materias propias de la controversia en este punto. Es así, que no se conciden con lo referido a las áreas de exclusión, sino más bien relacionan este aspecto con los efectos sobre el área de nidificación del Pingüino de Humboldt (impacto que tiene una relación con la actividad del puerto), en circunstancias que las áreas de exclusión se relacionan principalmente con la actividad de navegación generada por el proyecto. En este punto, además se vincula de manera errónea la medida de compensación asociada al impacto anteriormente descrito respecto de la nidificación del Pingüino de Humboldt en el Islote Totoralillo Norte. A su vez, resulta evidente la falta de fundamentación para con la controversia en análisis, al desarrollar el Considerando N°52.3, ya que simplemente se hizo referencia a que CONAF “mantiene su pronunciamiento inconforme”.

Centésimo quincuagésimo octavo. Que, con respecto a los fundamentos establecidos por el Comité de Ministros a través del Considerando N° 52.4, se aprecia ambigüedad y poca claridad en los argumentos esgrimidos. En lo específico, el Comité de Ministros señala que en el proyecto Puerto Cruz Grande y Dominga se aplican las mismas áreas de exclusión para hacerse cargo de la proximidad a las áreas protegidas, no reparando en el hecho, a juicio de estos sentenciadores, respecto si el razonamiento está más bien vinculado a las superficies comprometidas por ambos proyectos durante el proceso de evaluación ambiental, o se refiere lisa y llanamente a la medida “área de exclusión” y su relación con los impactos acumulativos y/o sinérgicos de ambos proyectos.

Centésimo quincuagésimo noveno. Que, ahora bien, este Tribunal se referirá en términos concretos a las dos alegaciones en comento, es decir establecer si en términos de superficie ambas propuestas son similares o no, para luego analizar los fundamentos que darían cuenta de que la medida propuesta de “área de exclusión” no se haría cargo de los impactos acumulativos y/o sinérgicos del Proyecto.

Centésimo sexagésimo. Que, en lo que respecta a las superficies de las áreas de exclusión, de acuerdo a los antecedentes contenidos en el expediente de evaluación ambiental del proyecto (Anexo I.7 del Adenda 3), estos sentenciadores arriban a la conclusión que el área propuesta por Dominga abarca una superficie mayor a las definidas para el proyecto Cruz Grande. Lo anterior, precisamente en razón del estudio más profundo que se desarrolló en la línea base de Dominga y que consideró en su integridad el denominado Sistema de Bahías de Coquimbo; instancia donde se identificaron las zonas de resguardo biótico, que representan la combinación de los hábitats críticos de las especies protegidas del sector y las condiciones ecológicas necesarias para su persistencia, incluyendo los sitios de nidificación, alimentación y descanso.

Centésimo sexagésimo. Que, por otro lado, en lo relativo al cuestionamiento de la medida propiamente tal, se observa que toda la línea argumentativa expuesta por el Comité de Ministros se plasma en menor o mayor

grado en los Considerandos N°s 14.7.3, 14.14.9, 25.1, 28.5.3, 28.6, 28.7, 28.8 y 28.9 de la Resolución Reclamada. En resumen, a juicio del Comité de Ministros el Titular no se hace cargo de los efectos acumulativos y/o sinérgicos entre el proyecto Puerto Cruz Grande y Dominga, en razón de que la línea de base para la actividad de navegación habría sido insuficiente. Dicho de otra forma, al no ser suficiente la línea de base del medio marino para el proyecto en análisis, fundamentalmente en lo relativo a las rutas de navegación, no se pueden considerar adecuadamente los impactos acumulativos y/o sinérgicos entre ambos proyectos, y en consecuencia no es posible tampoco que puedan ser debidamente evaluados. Además, como correlato de lo anterior, la proposición de medidas de mitigación resulta del todo incompleta.

Centésimo sexagésimo segundo. Que, atendido lo indicado anteriormente, estos sentenciadores reiteran lo ya señalado en apartados anteriores, respecto de que el Titular en la Adenda 3, Anexo 1.7., hace entrega de un compendio robusto, idóneo y suficiente que da cuenta de todos los estudios que sustenta la línea base del medio marino que se llevó a cabo en el sector del maritorio que comprende las rutas de navegación, cumpliéndose razonablemente el estándar necesario para acreditar la suficiencia de la línea base en lo que respecta a las rutas de navegación.

Centésimo sexagésimo tercero. Que, a mayor abundamiento, y en lo que respecta a los argumentos científico-técnicos que dan cuenta de la suficiencia de la línea de base en lo relativo a las rutas de navegación, este Tribunal va a estarse a las consideraciones y fundamentos expuestos en dicho apartado.

Centésimo sexagésimo cuarto. Que, sin perjuicio de lo razonado en la presente controversia, a juicio de este Tribunal existe una instancia o ámbito de acción interesante, para que se ejecuten líneas de investigación científica de excelencia que permitan incrementar el conocimiento de los ecosistemas marino costeros y los factores que podrían afectar su funcionamiento, teniendo como eje central al Pingüino de Humboldt, “Pato Yunco”, Cetáceos mayores y menores. Lo anterior, al alero de la medida propuesta por el Titular denominada Centro de Estudios Científico Casa de Mar.

Centésimo sexagésimo quinto. Que, en conclusión, por todos los argumentos y consideraciones técnicas analizadas, la presente alegación no puede prosperar, ya que estos sentenciadores no evidencian una insuficiencia de las áreas de exclusión propuestas por el Titular en los términos presentados por los Reclamantes PAC, sin perjuicio de las directrices referenciadas en el considerando anterior la alegación planteada por el Reclamante también será acogida.

12.- De la supuesta evaluación del impacto acústico de los buques en la fauna marina.

Centésimo sexagésimo sexto. Que, según la Compañía, la Resolución Reclamada estableció que “no han sido evaluados los impactos asociados a ruido en la fauna marina debido al desplazamiento de los buques...”. Para arribar a esta conclusión, la Resolución Reclamada indicó que tuvo presente particularmente lo señalado por CONAF, en cuanto a que el ruido en el puerto superaría los umbrales de tolerancia de cetáceos, causándoles daños.

Centésimo sexagésimo séptimo. Que, al respecto, y según el Titular del Proyecto cabe indicar en primer lugar, que dicha afirmación confundió, los impactos y las medidas, de modo tal que su conclusión no es congruente con su análisis. En efecto, durante la evaluación ambiental, se evaluaron dos impactos del Proyecto relativos al ruido en el medio marino: (i) ruido generado por las actividades de construcción y operación del Puerto y, (ii) ruido en el medio marino producido por la navegación de los buques desde el Puerto de Coquimbo hasta la bahía de Caleta Totoralillo.

Centésimo sexagésimo octavo. Que, es respecto de este primer impacto –asociado a las faenas de construcción– que se propusieron y evaluaron medidas como la paralización de obras en caso de avistarse delfines, entre otros. Pero estas medidas, que se refieren a las actividades constructivas en el Puerto, nada tienen que ver con el ruido asociado al desplazamiento de los buques y su posible afectación a la fauna marina, para lo cual el Titular contempló otras medidas.

Centésimo sexagésimo noveno. Que, de este modo, en opinión del Actor, mal pudo el Comité de Ministros fundamentar la inadecuada evaluación de este impacto “ruido del desplazamiento de buques”, asociándolo con las actividades y medidas de Puerto.

Centésimo septuagésimo. Que, según el SEA, el Titular intenta asimilar al impacto antes citado, que en la evaluación sí se habría considerado, con el impacto acústico de los buques en la fauna. Lo anterior, es sin duda incorrecto, toda vez que como se puede observar en el expediente de evaluación, este impacto se refiere

literalmente a colisiones con cetáceos y ahuyentamiento de fauna marina, lo cual dista completamente de una evaluación del impacto acústico, el cual tiene un origen, desarrollo y efectos, que no fueron ni siquiera considerados en los antecedentes apoyados por el Titular.

Centésimo septuagésimo primero. Que, esta controversia se refiere al impacto acústico de buques en la fauna marina. Este impacto puede estar asociado a diversas fuentes de ruido de un buque, sin embargo, para el caso particular del proyecto Dominga estas fuentes corresponderían al uso transitorio de ecosondas, al ruido y vibraciones de motores o propulsores y al fenómeno de cavitación, asociado al movimiento de hélices.

Centésimo septuagésimo segundo. Que, otro impacto del proyecto que tiene que ver con el ruido submarino es aquel producto de la construcción (y cierre) del Puerto en Totoralillo Norte, donde las principales fuentes de ruido submarino serían el hincado de pilotes y posibles tronaduras y uso de explosivos. Sin embargo, este impacto en la construcción no corresponde a aquellos asociados a la navegación de los buques. A pesar de ello, este impacto se considera también para la etapa de operación por la Empresa, con las mismas medidas de mitigación de las otras etapas.

Centésimo septuagésimo tercero. Que, por otro lado, se precisa que en etapas posteriores al EIA inicial, no se presentó una estimación de emisiones sonoras subacuáticas ni modelación de propagación de éstas en las rutas de navegación, como línea de base, pese a incluirse las rutas de navegación como parte del proyecto.

Centésimo septuagésimo cuarto. Que, del análisis de la evaluación ambiental se desprende que el impacto acústico asociado a la navegación sí fue de importancia para el ente evaluador, quedando diversos análisis y medidas asociadas a este impacto alojadas en otros impactos definidos, como aquel asociado a la pérdida de hábitats del chungungo, la colisión o ahuyentamiento de fauna, impactos asociados a las comunidades del submareal (etapas larvales y post-larvales) o respecto de los recursos pesqueros. No obstante, el impacto acústico por la navegación no fue evaluado como un impacto en específico, no fue expresamente declarado como impacto y no se presentó una línea de base adecuada respecto al ruido subacuático.

Centésimo septuagésimo quinto. Que, dado que las rutas de navegación fueron incluidas solo en Adenda 3 y debido a que la línea de base del medio marino se consideró en definitiva insuficiente para esa zona y, en particular, en lo que respecta a esta controversia, no existiría una adecuada descripción de la fauna marina que estaría sujeta a este impacto no declarado, tampoco respecto de los niveles de presión sonora a los que la fauna marina está acostumbrada a soportar, ni una descripción del ruido de fondo en las rutas de navegación como línea base, por lo que se considera que no estaría correctamente evaluado el impacto. No obstante, tampoco resulta adecuado afirmar, como lo señala el SEA, que “el origen, desarrollo y efectos del impacto acústico no fueron ni siquiera considerados en los antecedentes aportados por el Titular”, puesto que sí fueron parcialmente referidos y considerados en la evaluación ambiental.

Centésimo septuagésimo sexto. Que, en base a todo lo anterior, resulta claro, a juicio de este Tribunal, que la Resolución 1146 no fundamenta adecuadamente el por qué se considera que los impactos asociados al ruido en la fauna marina debido al desplazamiento de buques no han sido evaluados. Ello, puesto que, si bien pueden existir argumentos para establecer que el impacto no ha sido debidamente evaluado, éstos no se relacionan exclusivamente con el ruido en las cercanías del Puerto, ni tampoco, específicamente, al desconocimiento de las rutas de desplazamiento de delfines, pese a que estos argumentos podrían ser complementarios.

Centésimo septuagésimo séptimo. Que, por otro lado, y habiéndose considerado por vía indirecta los efectos de dicha navegación, cabe señalar que el Comité de Ministros tiene las facultades para complementar cuestiones que estime que no fueron debidamente abordadas en la evaluación ambiental que, en este caso, podría ser la consideración del impacto acústico de buques producto de la navegación, asociada a las rutas de navegación como también en las cercanías del Puerto, por lo que nuevamente forzoso es concluir que el rechazo no se encuentra adecuadamente fundado.

Centésimo septuagésimo octavo. Que en cuanto a que las respuestas a las observaciones ciudadanas no fueron debidamente abordadas al respecto, estos sentenciadores estiman que aquello pudo haberse complementado con las facultades del Comité de Ministros.

Centésimo septuagésimo noveno. Que sin perjuicio de lo anterior, se advierte con claridad además, que el Titular ha considerado algunas medidas recomendadas de bibliografía para tener una navegación menos invasiva para la vida marina, que incluyen disminuir la velocidad del buque, usar motores modernos para reducir vibraciones, tener un vigía durante el trayecto, reducir al mínimo el uso de ecosondas (se usará carta electrónica para la

navegación), no usar sonares y medidas de difusión de los impactos del ruido acústico; medidas consistentes con sugerencias expuestas en varios documentos asociados a la temática del ruido subacuático.

Centésimo octogésimo. Que, así las cosas, se puede advertir por parte de estos sentenciadores que el Proyecto consideró algunos impactos acústicos de los buques en etapas tempranas de la evaluación y los aborda como riesgos, tras las observaciones de los sectoriales, proponiendo medidas como reducción de fuentes de ruido. Tras la incorporación de las rutas de navegación como parte del proyecto, algunos de los impactos quedan asociados, no explícitamente, al impacto de colisión con cetáceos y ahuyentamiento de fauna marina en el área de navegación entre la Bahía de Coquimbo y el Terminal de Embarque Totoralillo, además de impactos previamente definidos asociados al hábitat de chungungo y a los recursos pesqueros.

Centésimo octogésimo primero. Que, con todo lo anterior, estos sentenciadores consideran pertinente tener en cuenta que el Titular - al alero del “Centro de Investigación y Estudios Socioambientales Aplicados de la comuna La Higuera” (actualmente propuesta como Centro de Estudios Científicos/Casa de Mar)- puede considerar una línea de investigación específica para esta temática, particularmente en lo que respecta al impacto del ruido generado por motores de las embarcaciones al navegar sobre las poblaciones de cetáceos. Todo esto, con el propósito de determinar eventuales cambios generados por este sonido en los patrones conductuales de los grandes cetáceos del área.

Como corolario de lo anterior, es igualmente importante considerar otros aspectos científico-técnicos en el estudio de cetáceos, como por ejemplo el enmascaramiento de las comunicaciones sociales para encontrar pareja o detectar depredadores/peligros, el estrés, pérdida de cohesión social, cambios en la reproducción, lactancia y crianza, pérdida o discapacidad de audición temporal o permanente. Lo anterior, en consideración a que el sonido tiene una gran área potencial de impacto, que puede cubrir vastas extensiones de océano.

Centésimo octogésimo segundo. Que, en mérito de todo lo razonado anteriormente, esta alegación planteada por la Reclamante, teniendo en cuenta la debida complementariedad señalada en los considerandos precedentes, también será acogida.

13.- Del supuesto plan de monitoreo de aves y cetáceos que no podría supuestamente ser medida.

Centésimo octogésimo tercero. Que, Dominga señala que propuso medidas de monitoreo en consideración al criterio asentado por el propio Comité de Ministros en su Resolución N°106 sobre el proyecto Cruz Grande, ordenándole al Titular de ese Proyecto ejecutar una serie de medidas, dentro de las que se contaba aquélla como una de las dirigidas a enfrentar el impacto de colisión con cetáceos y ahuyentamiento de especies de fauna marina en la ruta de navegación.

Centésimo octogésimo cuarto. Que, sin perjuicio de lo anterior, dado el cambio de criterio del Comité de Ministros, que en esta ocasión consideró inadecuada la calificación de medida a esta actuación, -señalando que correspondería a un monitoreo-, el Titular acoge lo planteado, aceptando que la medida propuesta sea categorizada dentro de los monitoreos a realizar por el Proyecto, tal como planteó el Considerando N°54 de la Resolución Reclamada.

Centésimo octogésimo quinto. Que, en opinión del SEA, en este caso se habría acogido la materia Reclamada de acuerdo al contenido del Considerando N°54 de la resolución del Comité de Ministros, no existiendo discusión respecto a esta materia.

Centésimo octogésimo sexto. Que, en razón de lo señalado por la Reclamada, no existiría controversia que abordar y por ende el Tribunal omitirá pronunciamiento al respecto.

Centésimo octogésimo séptimo. Que, cabe tener presente que los lineamientos o directrices entregados por estos sentenciadores en el análisis de las controversias científico-técnicas planteadas en estos autos, tiene su fundamento en lo resuelto por la Excm. Corte Suprema en fallo N° 8573-2019, que en lo pertinente establece en su segundo párrafo del Considerando 45 lo siguiente: “Lo anterior no significa de modo alguno la transgresión a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N°19.300, en tanto los sentenciadores no definen el contenido discrecional del acto administrativo que deberá dictar con posterioridad la autoridad ambiental, sino sólo explicitan, dentro del marco de su competencia, ciertas consideraciones mínimas que deberán tenerse a la vista...”.

En cuanto a los *Amicus Curiae*

Que a fojas 654 y siguientes la abogada Sr. Mónica Astorga Gutiérrez presentó una *Amicus Curiae* en representación de los siguientes profesionales: Dr. Armando Mujica Retamal (Biólogo Marino, Dr. en Biología

Animal), Muriel Ramírez Santana (Médico cirujano, MSc. en Salud Pública), Dr. Marcel Ramos Quezada (Oceanógrafo, Dr. en Oceanografía), Dr. Guillermo Luna Jorquera (Profesor de Estado en Biología y Ciencias, Dr. en Ciencias Naturales), Dra. Katherine Brokordt Guzmán (Biólogo Marino, Dra. en Biología) y el Dr. Carlos Gaymer García (Biólogo Marino, Dr. en Biología).

Centésimo octogésimo noveno. Que, por su parte a fojas 694 y siguientes la abogada Sra. Patricia Araya Lucero presentó otro *Amicus Curiae* en representación del profesional Dr. Andrés Moreira Muñoz, Geógrafo de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Centésimo nonagésimo. Que, del análisis efectuado a los antecedentes científicos referenciados precedentemente, es posible inferir por parte de estos sentenciadores, que en lo principal la gran mayoría de las materias abordadas se encuentran contenidas en los diferentes apartados del expediente de evaluación ambiental y que por lo tanto, no influyen de manera sustancial en lo resuelto por este Tribunal en los considerandos anteriores.

Centésimo nonagésimo primero. Que, por último resulta relevante tener presente y referirse a ciertos aspectos de la institucionalidad ambiental y su correlato normativo con el presente proyecto.

Que, en el procedimiento de evaluación ambiental, después de indicarse en los arts. 10 y 11 de la ley 19.300 los proyectos que requieren aprobación previa EIA, en el art. 16 dispone en lo pertinente que la Comisión establecida en el art. 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, podrá solicitar las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al contenido del Estudio de Impacto Ambiental que estime necesarias. Presentada las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones o transcurrido el plazo dado para ello, continuará corriendo éste. En caso de pronunciamiento desfavorable sobre un Estudio de Impacto Ambiental, la resolución será fundada e indicará las exigencias específicas que el proponente deberá cumplir.

Que, se agrega que el Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el art. 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado.

Que por su parte el art. 25 dispone, que el certificado a que se refiere el artículo anterior, establecerá, cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado, señalándose que las condiciones o exigencias ambientales indicadas en el inciso anterior deberán responder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación.

Que, establecido lo anterior, cabe considerar que salvo las actividades de auto subsistencia, toda actividad productiva genera impacto en el medio ambiente, siendo éste sin lugar a dudas mayor en el caso de los mega proyectos como el Proyecto en cuestión, pero la normativa (interna e internacional) no lo prohíbe (difícilmente podría hacerlo en tanto así como puede existir externalidades negativas es innegables aquellas positivas, sobre toda para la economía nacional), sino que se diseñan procesos de evaluación como el aplicado en este caso, sistema que tiene por objeto determinar las externalidades negativas medio ambientales para, en base a las mismas, diseñar a propuesta del Titular medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas, siendo relevante el que existan las medidas de compensación porque es claro que siempre existirán daños no reparables (como lo es el rajo que queda al cerrarse una mina).

Que, atendido la imposibilidad de prever todas las externalidades negativas de los eventuales proyectos, el legislador no ha establecido un estándar fijo de evaluación, si no que su diseño se entrega a los órganos de control y, en último término a los Tribunales especiales, completándose con esto la institucionalidad ambiental, que avanza día a día conforme avanza la ciencia y la tecnología y conforme se presentan nuevos problemas a solucionar o nuevas dificultades a superar. No obstante, aquella diaria evolución debido al debate respecto de nuevos conflictos, el sistema debe tender a una estabilidad que dé certeza, en términos de permitir planificar adecuadamente los nuevos proyectos de inversión.

Que, frente a esta situación, establecido los estándares, resulta incluso posible rechazar de plano un proyecto conforme a lo dispuesto en el art. 15 bis de la referida ley, toda vez que ya se estableció un mínimo exigible, que necesariamente debe superar siempre todo nuevo proyecto, pero de ahí en adelante debe procederse a un diseño mancomunado del estándar concreto al proyecto en estudio, con las participación de los organismos establecidos en la institucionalidad ambiental, el Titular e incluso la comunidad, generándose así por la autoridad, de oficio o a petición de parte interesada, los nuevos requerimientos o exigencias aplicables al caso concreto (la norma indica que la autoridad podrá solicitar las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones), debiendo el

petionario efectuar las modificaciones necesarias, bajo sanción de rechazarse el proyecto en caso contrario. Por último, aprobado el proyecto, puede la autoridad pertinente, establecer las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado.

Centésimo nonagésimo segundo. Que, entendido así el proceso, en el caso concreto nos encontramos con una desviación del mismo, desde que, frente a un proyecto informado favorablemente por los servicios públicos pertinentes (salvo por la CONAF) y presentado con informe positivo del SEA, en la etapa de decisión y recursiva, a raíz de las diligencias decretadas por el órgano competente, aparecen nuevos reparos y exigencias, que no constaban en estándares ni requerimientos anteriores (apreciables en los procesos de evaluación de anteriores proyectos), y que el Titular no pudo cumplir al no otorgársele posibilidades al efecto, lo que resulta relevante en el caso concreto desde que el solicitante se ha mostrado llano a ir modificando el proyecto para adecuarlo a todas las exigencias, proponiendo incluso innovadoras medidas, como la denominada Casa de Mar, que permitirá generar conocimiento y al mismo tiempo controlar la referida actividad con el nuevo conocimiento adquirido. Que, del análisis efectuado a los antecedentes científicos referenciados precedentemente, es posible inferir por parte de estos sentenciadores, que en lo principal la gran mayoría de las materias abordadas se encuentran contenidas en los diferentes apartados del expediente de evaluación ambiental y que por lo tanto, no influyen de manera sustancial en lo resuelto por este Tribunal en los considerandos anteriores.

Centésimo nonagésimo tercero. Que, así las cosas, al proceder al directo rechazo del proyecto en la situación antes descrita, claramente la resolución no puede sino calificarse de infundada, máxime cuando, como se dijo, el Proyecto es avalado por un cúmulo de antecedentes completos que permiten su evaluación y eventual aprobación, con o sin nuevas exigencias, según se estime por los entes públicos cuestionados a través de la presente reclamación.

Centésimo nonagésimo cuarto. Que, dado lo expuesto en los párrafos precedentes, a juicio de este órgano jurisdiccional los antecedentes aportados por el Reclamante al someter a evaluación el proyecto en cuestión son completos, según los estándares existentes a la época de su evaluación, y que si bien existen puntos que el Reclamante debe complementar, aquellos pueden realizarse en el marco del proceso de evaluación, siendo en consecuencia las resoluciones cuestionadas que rechazan derechamente el Proyecto, contrariando el ICE, al refutarse los cuestionamientos técnicos según lo indicado, debiendo en consecuencia anularse, por lo que se acogerá la reclamación del Titular.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N° 5 de la Ley 20.600; disposiciones legales citadas de la Ley 19.300, y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Acoger la reclamación judicial interpuesta por Andes Iron SpA, con fecha 01 de diciembre de 2017.
- II. Anular la Resolución 1146 de fecha 13 de octubre del 2017 del Director Ejecutivo del SEA en su calidad de Secretario Ejecutivo del Comité de Ministros, anular el acuerdo N° 08/2017 del Comité de Ministros, y anular la Resolución Exenta N° 0025 del 14 de marzo del 2017 (RCA), Comisión de Evaluación Ambiental.
- III. Ordenar retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la etapa posterior al Informe Consolidado de Evaluación Ambiental, de manera tal que se proceda a una nueva votación – esta vez ajustada a derecho- de parte de la COEVA, de la Región de Coquimbo.
- IV. No condenar en costas a las partes por estimar que tuvieron motivo plausible para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Juan Opazo Lagos.

Rol N° R-1-2017

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano, Sra. Jasna Pavlich Nuñez y Sr. Juan Opazo Lagos.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal (I), Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a dieciséis de abril de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-38-2020

“Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes.
- Reclamado(s): Comisión de Evaluación Ambiental, Región de Atacama.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Norte Abierto SpA.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

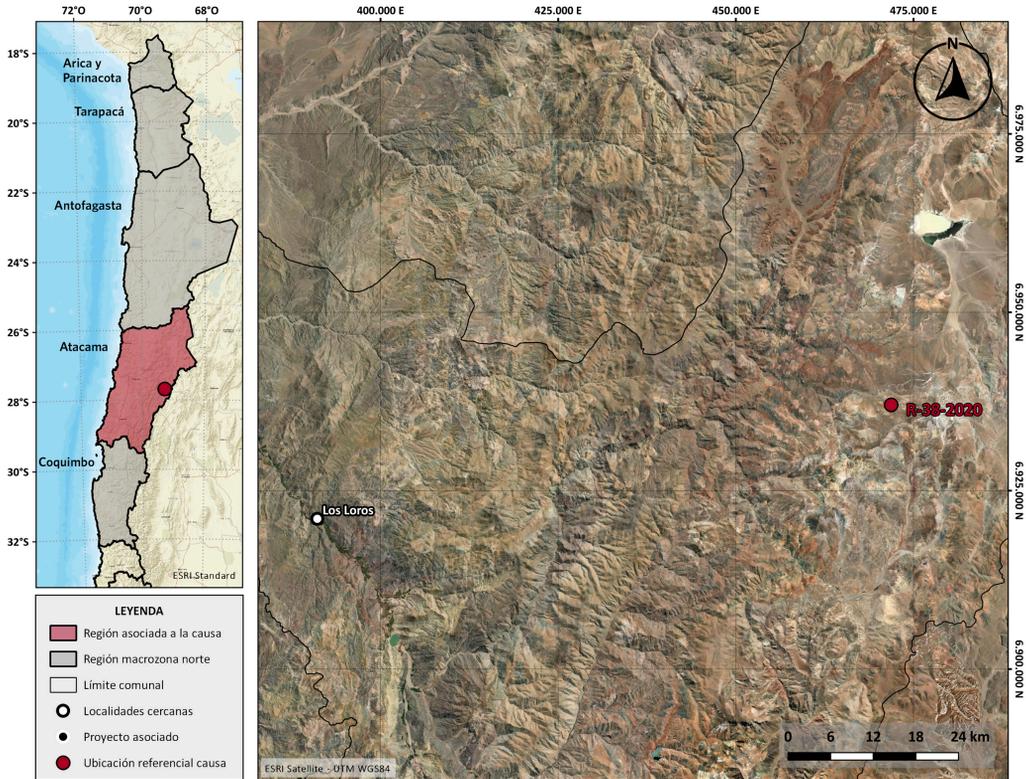
La Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes reclamó en contra de la resolución del SEA que rechazó los recursos administrativos interpuestos por la aprobación de la DIA del proyecto “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, del titular Norte Abierto SpA, ubicado en las comunas de Copiapó y Tierra Amarilla, de la Región de Atacama.

La reclamante sostuvo que durante la evaluación ambiental del proyecto se vulneraron los estándares contenidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, al omitir el trámite de consulta indígena previa, libre e informada. Agrega, además, entre otras consideraciones, que el proyecto requería ingresar mediante un estudio de impacto ambiental por concurrir diversos efectos señalados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

El SEA, por su parte, sostuvo la improcedencia de la acción por la aplicación de la teoría de la invalidación impropia, esto es, por haber sido presentada la solicitud de invalidación luego de 4 meses desde la fecha de la resolución de calificación ambiental del proyecto, en circunstancias que debió ser interpuesta en el plazo de 30 días. Asimismo, sostiene que no era procedente la consulta indígena por la inexistencia de los impactos del artículo 11 antes citado, confirmando una correcta descripción del medio humano.

En la sentencia, el Tribunal acogió la reclamación de la Comunidad Indígena y ordenó a la autoridad dictar una nueva resolución que acogiera la solicitud de invalidación presentada, debiendo evaluarse ambientalmente el proyecto por medio de un EIA y disponer la realización de un proceso de consulta indígena.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Controversias

- i. Si la solicitud de invalidación fue presentada fuera de plazo.
- ii. Si era procedente la consulta indígena.
- iii. Si se justificó adecuadamente la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la ley N° 19.300.
- iv. Si hubo un supuesto incumplimiento a la normativa sobre gestión de residuos peligrosos.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la extemporaneidad de la solicitud de invalidación, se desechó la alegación toda vez que esta había sido conocida previamente por la autoridad administrativa quien la desestimó, no siendo procedente que dicha decisión fuese modificada en sede judicial, cuestión que sería contraria a la teoría de los actos propios.
- ii. En lo que respecta a la procedencia de la consulta indígena, el Tribunal señaló que la consulta indígena constituye una obligación para la autoridad evaluadora cuando, producto de dicha revisión, se deba decretar alguna medida que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas.

Así, en concreto, el emplazamiento del proyecto en territorio indígena y la evidente interacción entre el proyecto y la comunidad llevó a concluir forzosamente una situación inminente de susceptibilidad de afectación.

Agregó, que el concepto de significancia debe ser analizado a luz de la autodeterminación cultural que rige en cada pueblo, no siendo posible desconocer los propios criterios de poblaciones con cosmovisiones distintas.

En efecto, estableció que la remisión que hace el artículo 85 del reglamento del SEIA a los literales c), d) y f) de la Ley 19.300, debe aplicarse teniendo como piedra angular la susceptibilidad de afectación a la que se refiere el literal d) del artículo 11.

De esta forma, se determinó que existió evidencia irrefutable de la susceptibilidad de afectación a un grupo humano perteneciente a un pueblo indígena, razón por la cual se hace forzoso concluir en la necesidad de implementar el procedimiento de consulta indígena.

- iii. En cuanto a la justificación de la inexistencia de los impactos del artículo 11 de la Ley N° 19.300, los sentenciadores consideraron del análisis de los antecedentes de la evaluación ambiental del proyecto que se generaban los efectos de los literales c) y d) del artículo 11, particularmente, la afectación del estilo de vida trashumante inherente a la cultura de la comunidad.
- iv. Finalmente, en cuanto a la gestión de residuos peligrosos, se determinó a partir de la revisión de los antecedentes técnicos que constaban en el expediente de evaluación ambiental, que el titular dio cumplimiento con la normativa respectiva.

6. Estado de sentencia

En contra de la sentencia se interpusieron por la parte reclamante recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por la Excma. Corte Suprema, a través de sentencia dictada en la causa Rol N° 35.692-2021.

SENTENCIA

Antofagasta, a veintiuno de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. Con fecha 23 de septiembre de 2020, comparecen los abogados Nancy Yáñez Fuenzalida y Jaime Madariaga De La Barra, ambos en representación convencional de don **ROBERTO CARLOS SALINAS CORTEZ**, chileno, indígena Colla, criancero, quien, a su vez, comparece por sí y en su calidad de Presidente y representante legal de la **COMUNIDAD INDÍGENA COLLA RÍO JORQUERA Y SUS AFLUENTES**, (en adelante también los "reclamantes" o los "actores"), ambos con domicilio para estos efectos en Cuestecilla, sector La Guardia, sin número, quienes interpusieron reclamación judicial de conformidad a lo previsto en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, en contra de la **COMISIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA REGIÓN DE ATACAMA** -en adelante «la Reclamada» o «la COEVA» indistintamente-, por la dictación de la Resolución Exenta N° 77, de fecha 7 de agosto de 2020, en virtud de la cual se ratificó el contenido de la Resolución Exenta N°20200310113/2020, que a su vez rechazó el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N°33/2020, de fecha 30 de marzo de 2020. La referida Resolución Exenta N°33/2020 rechazó la solicitud de invalidación de la Resolución Exenta N°009/2019 que, a su turno, calificó ambientalmente el proyecto denominado "Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche".

En consecuencia, los reclamantes solicitaron tener por interpuesta la referida reclamación, acogerla a trámite, dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 033/2020, la Resolución Exenta N° 20200310113/2020 y la Resolución 77/2020, todas de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama (en adelante también "COEVA de Atacama") y, en definitiva, se ordene acoger la solicitud de invalidación presentada en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N°009/2019, por haber sido dictada en contravención a las normas que rigen el procedimiento administrativo de evaluación ambiental y los derechos de los pueblos indígenas garantizados en el Convenio N°169 de la OIT, debiendo evaluarse ambientalmente el proyecto denominado "Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche" (en adelante también "el Proyecto"), por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y disponerse la realización de un proceso de consulta indígena.

2. Por su parte, con fecha 16 de octubre de 2020, los abogados Yordana Mehseñ Rojas y José Ignacio Vial Barros, ambos en representación del Director Ejecutivo del **SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL** ("SEA"), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, procedieron a informar los motivos y fundamentos de la Resolución Exenta N° 77, de fecha 7 de agosto de 2020 ("Res. Exenta N° 77/2020"), de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, en estos autos sobre reclamo de ilegalidad, solicitando el rechazo de la acción de reclamación deducida por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho, con expresa condenación en costas.

3. Con fecha 10 de octubre de 2020, comparece don Cristóbal Tejjás Olguín, abogado, en representación de **NORTE ABIERTO SpA**, sociedad del giro de su denominación, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Apoquindo N°4660, piso 6, comuna de Las Condes, Santiago, titular del proyecto denominado "Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche" cuya resolución de calificación ambiental intenta ser invalidada por la reclamante. Solicitó comparecer en la presente causa en calidad de tercero independiente o, en subsidio, como coadyuvante de la parte reclamada, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 inciso final del Código de Procedimiento Civil.

1) Antecedentes del acto administrativo reclamado

1. El proyecto "Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche" ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental con fecha 3 de julio de 2018, siendo calificado ambientalmente favorable a través de la Resolución Exenta N°009 de fecha 6 de febrero de 2019 de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.

2. El objetivo general del Proyecto consiste en la realización de campañas de prospección minera en el sector Caspiche a través de sondajes del tipo aire reverso y/o diamantina (332 plataformas). Para dichos efectos el Proyecto considera además la construcción de un campamento con una capacidad para 200 personas.

El Proyecto se localiza en la Región de Atacama, provincia de Copiapó, comuna de Copiapó y Tierra Amarilla. Las principales obras, partes y acciones del Proyecto se ejecutarán en 3 áreas: a) el área de plataformas, el área de campamento y las áreas de exclusión ambiental.

3. Finalmente, se debe señalar que el Proyecto considera una vida útil de cuatro años y dos meses, distribuida en un mes para la fase de construcción y cuatro años para la etapa operativa, además de un mes en fase de cierre.

El 18 de julio de 2019, el señor Roberto Salinas y la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes, dedujeron una solicitud de invalidación administrativa en contra de la referida RCA N°009.

4. La COEVA de Atacama, en sesión de fecha 24 de marzo de 2020, acordó rechazar dicha solicitud, siendo materializada dicha decisión en la Resolución Exenta N° 33, de fecha 30 de marzo de 2020.

5. En contra de la Resolución Exenta N° 33, los reclamantes dedujeron recurso de reposición y, en subsidio, recurso jerárquico.

6. Con fecha 22 de mayo de 2020, el SEA de Atacama dictó la Resolución Exenta N° 20200310113/2020 rechazando el recurso de reposición interpuesto. Posteriormente, la decisión de rechazo precedentemente referida fue ratificada mediante la Resolución Exenta N°77 de fecha 07 de agosto de 2020, de la Comisión Atacama.

7. Por último, con fecha 19 de agosto de 2020, mediante Resolución Exenta N° 202099101529 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, se resolvió no admitir a trámite el recurso jerárquico interpuesto por la Comunidad.

2) Antecedentes de la reclamación judicial.

A fs. 1 y siguientes, consta la reclamación judicial interpuesta por don Roberto Carlos Salinas Cortez y la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes, dirigida en contra de la Resolución Exenta N° 77/2020, la Res. Exenta N° 20200310113/2020 y la Resolución 33/2020, todas de la COEVA de ATACAMA. En dicha reclamación los reclamantes solicitaron a esta judicatura se declare que las resoluciones impugnadas no se ajustan a la normativa vigente, que se dejen sin efecto y, en su lugar, se ordene a la autoridad reclamada disponer que se acoja la solicitud de invalidación de la RCA N° 009/2019, debiendo evaluarse ambientalmente el proyecto "Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche", por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y disponerse la realización de un proceso de consulta indígena.

A fs.61, el Tribunal admitió a trámite la referida reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 63, la reclamada confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó la ampliación del plazo para evacuar el informe, el que fue concedido mediante resolución de fecha 8 de octubre de 2020, en los términos solicitados.

A fs.73, la reclamada evacuó su informe, solicitando el rechazo, en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

A fs. 5080, el Tribunal tuvo por evacuado el informe.

A fs. 5081, el Sr. relator certificó que la causa se encontraba en estado de relación.

A fs. 5082, se decretó autos en relación y se fijó la vista de la causa para el día miércoles 11 de noviembre de 2020, a las 15:00 horas, por videoconferencia.

A fs. 5084, el abogado Sr. Cristóbal Tejías Olguín, en representación de la sociedad "Norte Abierto SpA" solicitó hacerse parte en calidad de tercero independiente y, en subsidio, como tercero coadyuvante de la reclamada.

A fs. 5113, resolviendo la presentación del Sr. Abogado Cristóbal Tejías Olguín, el tribunal la acoge solo en cuanto se le tiene como tercero coadyuvante de la parte reclamada.

A fs. 5187, consta que con fecha 11 de noviembre de 2020 se llevó a efecto la vista de la causa. Alegó por la parte

reclamante, Sra. Nancy Yáñez Fuenzalida; por la parte reclamada, Sr. Ignacio Garrido Muñoz; y, del tercero coadyuvante de la parte reclamada, Sr. Patricio Leyton Florez.

A fs. 5188, consta certificación de estudio.

A fs. 5189, el Tribunal decretó como medida para mejor resolver, acompañar copia autorizada de la escritura pública correspondiente al “Contrato de servidumbre minera de ocupacio(n) Campamento Proyecto Caspiche Central, Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes y Sociedad Contractual Minera Eton Chile” y copia autorizada del Plano N°1 de servidumbre.

A fs. 5190 y siguientes, el reclamante cumplió con lo ordenado.

A fs. 5224, el Tribunal tuvo por cumplida la medida para mejor resolver y por acompañados los documentos.

A fs. 5225, consta certificado de acuerdo.

A fs. 5226, el Tribunal designó como redactor de la sentencia al Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

CONSIDERANDO:

a) Argumentos de la Reclamante

Primero. Que, la reclamación de autos está basada en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

- a) Sostiene que la RCA N° 009/2020 y el proceso de evaluación respectivo vulneró los estándares contenidos en el Convenio 169 OIT, al omitir el trámite de la consulta indígena previa, libre e informada. Dicha infracción se sustenta en la aplicación preferente que el Servicio de Evaluación Ambiental realiza respecto de las normas reglamentarias internas contenidas en el Decreto Supremo N° 66/2013, del Ministerio de Planificación y Cooperación y el Decreto Supremo N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, en desmedro del Convenio 169.
- b) Errónea calificación de la afectación sobre la Comunidad Indígena Colla del Río Jorquera y sus Afluentes, por carecer de la información socio antropológica necesaria.
- c) La RCA fue aprobada con una Declaración de Impacto Ambiental, no obstante concurrir las circunstancias previstas en el artículo 11 literal b), c), d) y f) de la Ley N° 19300 que hacen exigible un Estudio de Impacto Ambiental, esto es:
 - a. Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire (artículo 11 letra b) Ley N° 19300);
 - b. Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 11 letra c) Ley N° 19300);
 - c. Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar (artículo 11 letra d) Ley N° 19300), y
 - d. Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (artículo 11 letra f) Ley N° 19300).
- d) Incumplimiento de la normativa que regula la gestión de residuos peligrosos ya que los procedimientos de almacenamiento de los residuos peligrosos presentan omisiones técnicas; no se presentan planes de remediación ante una eventual contaminación de suelos y aguas, como tampoco se hace cargo del riesgo de derrames o fugas, infringiendo el artículo 6 de la Ley N° 20920. Asimismo, no consta en el proceso de evaluación la obtención de los permisos sectoriales PAS 143, PAS 144 y PAS 161.

b) Argumentos de la Reclamada

Segundo. Que, por su parte, la reclamada en su informe expone las siguientes excepciones o defensas:

- a) La improcedencia de la acción de reclamación por aplicación de la teoría de la invalidación impropia.

- b) La improcedencia del proceso de consulta indígena en la evaluación del proyecto por inexistencia de los impactos ambientales significativos previstos en el artículo 11 letras c), d) y f) de la Ley N° 19300.
- c) La reunión establecida en el artículo 86 del RSEIA se realizó conforme a la normativa vigente, lo que permitió verificar la información entregada por el Titular y corroborar la suficiencia de la información esencial para efectos de la aplicación del término anticipado.
- d) Reafirmó la correcta descripción de medio humano, en base a una adecuada fundamentación socio-antropológica.
- e) El proyecto ingresó correctamente al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental ya que se descartaron los efectos asociados a los literales b), c), d) y f) de la Ley N° 19300.
- f) La RCA y la Resolución Exenta N° 33/2020 cumplen con la normativa ambiental aplicable relacionada con los permisos sectoriales y no infringen el principio precautorio de la Ley N° 20920 ya que dicha normativa no es aplicable en la especie.
- g) La reclamante no ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara a la RCA impugnada, ni al respectivo proceso de evaluación ambiental.

c) Argumentos del Tercero Coadyuvante de la Reclamada

Tercero. Por último, el tercero coadyuvante de la Reclamada solicitó se tuviera presente que:

- a) La reclamación es improcedente por cuanto la solicitud de invalidación en sede administrativa fue presentada fuera de los 30 días, según la teoría de la invalidación impropia. Por lo tanto, sólo procedía reclamación judicial en contra de un acto invalidatorio, según lo previsto en el artículo 53 de la Ley N° 19880.
- b) La consulta indígena es improcedente por no existir susceptibilidad de afectación directa respecto de la reclamante, toda vez que el proyecto no genera ninguno de los impactos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19300.
- c) No procede la evaluación del proyecto a través de un Estudio de Impacto Ambiental ya que no se genera susceptibilidad de afectación directa respecto de los reclamantes. Lo anterior, teniendo en consideración los lugares de emplazamiento de las obras e instalaciones del Proyecto y las áreas de exclusión ambiental, como también la ausencia de elementos técnicos que permitan controvertir la validez de la evaluación ambiental.

II. Determinación de las controversias

Cuarto. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada como, asimismo, del tercero coadyuvante, se han determinado las siguientes controversias:

- I. Extemporaneidad de la solicitud de invalidación.
- II. Procedencia de la consulta indígena.
- III. Justificación de la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300.
- IV. Sobre el supuesto incumplimiento a la normativa sobre Gestión de Residuos Peligrosos.

I. Extemporaneidad de la solicitud de invalidación.

Quinto. Que, la reclamada, en su informe, sostiene que la solicitud de invalidación fue presentada fuera del plazo de 30 días exigido conforme al criterio jurisprudencial de la invalidación impropia. En efecto, refiere que la actora, el 18 de julio de 2019, solicitó la invalidación de la RCA N° 009/2019, dictada el 6 de febrero de 2019. De esta forma -explica- al haber transcurrido más de 4 meses desde la fecha de la publicación de la RCA referida, la reclamación de autos debe ser rechazada toda vez que la solicitud de invalidación fue presentada extemporáneamente.

Sexto. Al respecto la reclamante expresa que, respecto de los terceros absolutos al procedimiento de evaluación ambiental, el plazo para ejercer la invalidación administrativa es de dos años, por aplicación del artículo 53 de la Ley N° 19880. Al efecto, cita principalmente la jurisprudencia emanada del Segundo Tribunal Ambiental para sostener que la invalidación a la que se refiere el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20600 corresponde a la invalidación prevista en el artículo 53 de la Ley N° 19880.

Séptimo. Añade que, en relación a lo establecido en el artículo 17 N°8 de la Ley N° 20600, la diferencia radica en el acto administrativo susceptible de impugnación, pudiendo reclamarse no sólo del acto que invalida, sino además del acto que rechaza la invalidación.

Octavo. Finalmente, la reclamante sostiene que, según mandato expreso del artículo 1° de la Ley N° 19880, en todos aquellos aspectos de la invalidación ambiental que no fueron modificados por la Ley N° 20600, corresponde aplicar supletoriamente el artículo 53 de la LBPA, especialmente en lo que dice relación con el plazo de dos años para que los terceros absolutos puedan solicitar la invalidación administrativa de una RCA.

Noveno. Que, para resolver la presente alegación se hace necesario analizar los antecedentes y actuaciones desplegadas por las partes en el proceso administrativo de invalidación respectivo. En ese contexto, es posible advertir que la solicitud de invalidación presentada por la reclamante con fecha 18 de julio de 2019, se realizó invocando lo dispuesto en los artículos 53 de la ley N°19.880 y se dedujo en contra de la Resolución Exenta N°009, de 2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama.

Décimo. En el referido proceso de invalidación la titular del Proyecto alegó la extemporaneidad de la solicitud de invalidación, fundada en la teoría de la invalidación impropia.

Undécimo. Con fecha 30 de marzo de 2020 la Comisión de Evaluación de Atacama dictó la Resolución Exenta N° 33, en virtud de la cual se rechazó la solicitud de invalidación en comento. Al respecto es necesario destacar el pronunciamiento que, sobre la alegación de extemporaneidad de la solicitud, efectuó la COEVA a partir del considerando número 27 de la referida Resolución Exenta.

Duodécimo. La COEVA de Atacama sostuvo que “la solicitud de invalidación antes individualizada, entendida como invalidación propiamente tal, no es extemporánea, y, por ende, no es efectivo que exista un vicio del procedimiento al haberse admitido a trámite la solicitud de invalidación, puesto que la facultad de la administración para invalidar no ha caducado, ya que no se ha cumplido el plazo de 2 años que establece el artículo 53 de la Ley N°19.880”. (considerando 27.5)

Décimotercero. Que, respecto de dicha decisión la Comunidad Indígena reclamante dedujo recurso de reposición objetando tanto los aspectos de fondo que llevaron al rechazo de la solicitud de invalidación, como también a la interpretación que la Comisión de Evaluación desarrolló a propósito de su estatuto jurídico aplicable y la aparente restricción que dicha resolución efectuaba en relación a la posibilidad de deducir la reclamación judicial consagrada en el artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600 ante el Tribunal Ambiental.

Decimocuarto. En lo que interesa, la Comisión de Evaluación en el apartado 14 de la Resolución Exenta N° 20200310113/2020 precisó que “la invocación y análisis de la misma solo tuvo como propósito desestimar fundadamente la pretensión del Titular, en orden a resolver que la invalidación propiamente tal, no es extemporánea...”, lo que es ratificado a través de la Resolución Exenta N° 77, de 7 de agosto de 2020.

Decimoquinto. Como es posible advertir, la controversia relacionada con la extemporaneidad de la solicitud de invalidación fue conocida y resuelta expresamente por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, la que rechazó los argumentos alegados en esa oportunidad por el titular del Proyecto, sin que se haya objetado -en esa parte- la referida decisión por Norte Abierto SpA.

Decimosexto. Que, no es procedente que, en sede judicial, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental sostenga una interpretación contraria a lo resuelto por la Comisión de Evaluación de Atacama, fundada en los mismos elementos de hecho y de derecho que llevaron a su desestimación. Esta nueva actitud del Servicio de Evaluación Ambiental evidentemente pugna contra el principio "*venire contra factum proprium non valet*", o doctrina de los actos propios, que consiste en aquel efecto en virtud del cual "...una persona no pueda sostener posteriormente por motivos de propia conveniencia una posición distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto por haberle cambiado las circunstancias, y que si en definitiva así lo hace, primarán las consecuencias jurídicas de la primera conducta y se rechazará la pretensión que se invoca y que implica el cambio de conducta que no se acepta..."(SCS, 20.09.04, Rol 3997-03; SCS, 2.11.11, Rol 5978-10; SCS, 25.11.11, Rol 3046-10).

Decimoséptimo. Tampoco es procedente en esta materia el argumento esgrimido por el tercero coadyuvante relacionado con la calidad de tercero relativo que habría tenido la Comunidad Indígena Colla dentro del proceso de evaluación ambiental del Proyecto derivada de las actividades que la Comunidad ejecutó en el contexto de dicha evaluación.

Decimooctavo. Que, en consecuencia, habiendo desestimado la propia autoridad reclamada la excepción de extemporaneidad de la solicitud de invalidación, no es procedente que dicha materia sea modificada en esta judicatura, razón por la cual dicha alegación es rechazada.

II. Procedencia de la consulta indígena.

Decimonoveno. Sobre el particular la reclamante sostuvo que la autoridad ambiental incurrió en vicios de forma y de fondo en la sustanciación del procedimiento de evaluación ambiental, que culminó con la dictación de la RCA N° 009/2009 vulnerando las disposiciones del Convenio 169 OIT.

En este contexto, se reprocha a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental el no haber ajustado su actuación a lo prescrito por la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos, violando la ley de fondo aplicable.

Vigésimo. A juicio de la reclamante, la autoridad ambiental incurrió en dicha infracción al aplicar preferentemente el artículo 7 del Decreto Supremo N° 66 del año 2013 y Decreto Supremo N° 40/2012, por sobre el referido Convenio 169.

Vigésimo primero. Señala que, al ser el Convenio 169 un tratado internacional de derechos humanos, ratificado por Chile y de rango constitucional, las normas reglamentarias antes citadas deben ser interpretadas de acuerdo a los estándares del Convenio 169.

Vigésimo segundo. Dicho estándar mínimo consiste en la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas ante la ejecución de proyectos de inversión susceptibles de generar impacto al territorio, derechos e intereses de los pueblos indígenas.

Vigésimo tercero. Añade la Comunidad Colla que la Resolución Exenta N° 33/2020 descartó erróneamente la consulta indígena en virtud de la baja significancia de los impactos que generaría el proyecto, a la luz de lo previsto en el artículo 7 del DS N° 66/2013. Por el contrario, la actora sostiene que la concurrencia de la consulta indígena está determinada por la “susceptibilidad de afectación directa”, con independencia de la magnitud de los impactos.

Vigésimo cuarto. Añade la actora que el proyecto afecta al pueblo indígena Colla produciendo la alteración en su calidad de vida y costumbres. Sin embargo, de manera ilegal y arbitraria, dicha afectación es calificada de baja significancia por el SEA descartando la realización de un Estudio de Impacto Ambiental y la consulta previa.

Vigésimo quinto. Que, la significancia de los impactos del proyecto deviene del hecho de que este se ejecutaría en tierras indígenas de propiedad de la Comunidad Indígena Colla, inscritas a fojas 2156 N° 1511 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, del año 2005. Además, se producen impactos derivados del proceso de prospección minera consistente en la perforación de 332 pozos en el sector Caspiche, a través de los sondajes del tipo reverso y/o diamantina; impactos derivados de la habilitación de las plataformas de prospección y sus obras anexas; la habilitación de nuevas huellas de acceso hacia las plataformas y el tránsito de vehículos, todos los cuales fueron obviados en la Resolución de Calificación Ambiental.

Vigésimo sexto. Complementa la reclamante al indicar que el proyecto afecta directamente lugares de recolección de Chachaoma y de abastecimiento de leña o “varillas” secas, emplazados al interior del área de influencia del proyecto; sectores de avistamiento de chinchillas y de guanacos; áreas de pastoreo, vegas y aguadas. Asimismo, afecta asentamientos collas localizados en las inmediaciones del proyecto, destacando el Refugio Vega Redonda.

Vigésimo séptimo. Que, el proyecto también afecta significativamente la actividad de trashumancia de la reclamante, específicamente la actividad de ganadería silvopastoril, al utilizar caminos destinados por la Comunidad Indígena Colla para sus actividades de recolección de leña o hierbas medicinales y paso de animales. Dichos caminos corresponden al que va desde el empalme de rutas C-611 y C-605 (no enrolado de 17 km), y camino emplazado al interior del área de plataformas, en el tramo entre el campamento y el área de sondajes.

Vigésimo octavo. Que, continuando con la afectación, la reclamante sostiene que el proyecto afecta a su patrimonio cultural toda vez que dentro del área de influencia se identificaron 22 sitios de significación cultural (SSC), uno de los cuales se ubica a 500 metros de las plataformas definida como “área de exclusión ambiental”, sin que se precisen las medidas de protección concretas.

Vigésimo noveno. Que, según los reclamantes, las afirmaciones sobre falta o ausencia de afectación expresadas por el SEA no consideraron las costumbres del pueblo Colla y se sustenta en informes antropológicos carentes de rigor técnico que no se condicen con el sistema de vida y costumbres de la parte reclamante.

Trigésimo. Que, el Servicio de Evaluación Ambiental sostiene que, en el marco de la evaluación ambiental, el deber de consulta indígena se encuentra regulado en el artículo 4 de la Ley N° 19300 y en el artículo 85 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Trigésimo primero. Al no estar definida en el Convenio 169 la “afectación directa”, esta debe determinarse en consideración a lo previsto en el mencionado artículo 7 del Reglamento de Consulta Indígena, norma jurídica que precisa de un impacto significativo y específico para que la medida administrativa sea objeto de consulta indígena previa.

Trigésimo segundo. Complementa la reclamada señalando que en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el proceso de consulta indígena es una obligación excepcional toda vez que sólo procede cuando en el área de influencia del Proyecto existan grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, la cual se configura con la concurrencia de alguno de los efectos previstos en los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA.

Trigésimo tercero. Que, en relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citada por la reclamante (caso Saramaka vs Surinam), sostiene el SEA que no es aplicable en la especie en atención a las diferencias que existen en los presupuestos de hecho que determinaron la hipótesis de relocalización o reasentamiento del pueblo indígena Saramaka, situación que no concurre en la presente causa.

Trigésimo cuarto. En relación a la supuesta infracción del artículo 86 del RSEIA, esto es, el deber de realizar reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, señala el SEA que, con fecha 19 de julio de 2018, se realizó la reunión con la Comunidad Indígena Colla. Añade que el objetivo de estas reuniones consiste en recopilar antecedentes para verificar la causal de término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental, por falta de información relevante o esencial, en los términos del artículo 36 del RSEIA, y no el de propiciar un proceso de consulta indígena.

Trigésimo quinto. Luego, para desestimar la procedencia de la consulta indígena, el SEA sostiene la inexistencia de los efectos previstos en los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA, tal como se explicará a continuación.

Trigésimo sexto. Que, en relación al impacto regulado en el artículo 7 del RSEIA, la discusión se centró en “la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”. Así las cosas, la reclamada se refiere fundamentalmente a la situación del Campamento Caspiche, emplazado dentro de tierras de propiedad de la Comunidad Indígena Colla y cuya ubicación fue convenida entre las partes mediante la constitución de una servidumbre minera de ocupación. Al respecto el SEA sostiene que el sólo hecho de emplazarse el aludido Campamento en tierras indígenas no genera automáticamente la hipótesis de afectación a la que alude la Comunidad Colla, sino más bien es un elemento que se debe ponderar para el análisis de la susceptibilidad de afectación directa. Por el contrario, la constitución de la referida servidumbre minera da cuenta del ánimo de la Comunidad Colla de no utilizar la plataforma donde se localiza el Campamento Caspiche, descartándose de esta manera la susceptibilidad de afectación directa (SAD).

Trigésimo séptimo. Sin perjuicio de lo anterior, la reclamada argumenta que se efectuó un adecuado análisis del componente medio humano a la luz del artículo 7 RSEIA. Dicha revisión tuvo especial consideración en los anexos 4.9 y 4.10 de la DIA del Proyecto, esto es, el informe de “Caracterización Medio Humano” y “Caracterización Antropológica”, respectivamente; el “Plano Rutas de Trashumancia Ancestrales y Actuales a junio de 2018 utilizadas por la CIC de Río Jorquera y sus Afluentes”; el Acta de Terreno N° 45; la Adenda Complementaria, punto 6.

En efecto, sostiene que las actividades de prospección del Proyecto se ejecutarán alejadas de los sitios de significancia cultural y de los fondos de quebradas asociadas al pastoreo y recolección de hierbas medicinales y leña, razón por la cual no se producirá una pérdida de los espacios naturales que impliquen una modificación a las prácticas recreativas y culturales de la Comunidad Indígena Colla.

Trigésimo octavo. Que, en relación al artículo 8 del RSEIA, esto es, la “localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”, el SEA descartó dicha afectación no sólo por el factor geográfico, sino además por los criterios de extensión, magnitud o duración de la intervención. Lo anterior, ya que el Campamento es la única obra que se emplaza en parte de la tierra indígena, pero se trata de una zona intervenida y desprovista de sitios de significancia y recursos naturales de interés para la Comunidad. Además, las tierras indígenas circundantes al proyecto están dentro de las denominadas “Áreas de exclusión ambiental”.

Trigésimo noveno. Que, en relación a la afectación del “Sitio Prioritario para la Conservación de la Diversidad Regional del Río Figueroa”, sostiene el Servicio que este se encuentra a más de 3 kilómetros del Proyecto y no se encuentra reconocido en el Instructivo “Sitios Prioritarios para la Conservación en el SEIA”. Por esta razón, el sitio referido no tiene el carácter de sitio prioritario para efectos del literal que se invoca por la reclamante.

Añade la reclamada, que el Proyecto tampoco modificará la situación hídrica del sector ya que no considera la extracción de recursos hídricos superficiales o subterráneos.

Cuadragésimo. Que, en relación al impacto regulado en el artículo 10 del RSEIA, y la falta de fundamentación socio-antropológica por deficiencias y errores metodológicos de los informes, señala el SEA que el titular del Proyecto presentó en la DIA los anexos 4.9 “Caracterización del Medio Humano” y 4.10 “Caracterización Antropológica”. Este último informe, añade el Servicio, se elaboró en base a información primaria y secundaria, entrevistas semi estructuradas etnográficas a miembros de la Comunidad y a la realización de un trabajo etnográfico participativo.

Asimismo, señala que la metodología utilizada para el levantamiento de información sobre caracterización antropológica y medio humano se sustentó en 4 fuentes (revisión bibliográfica de textos especializados; trabajo etnográfico participativo; entrevistas semi – estructuradas y trabajo cartográfico de reconocimiento de caminos troperos).

Complementa la reclamada que también se dispuso de la información pública recabada desde la CONADI y el Ministerio de Bienes Nacionales. Agrega que en el trabajo etnográfico participativo se consideró la participación de un antropólogo y entrevistas a cinco miembros de la Comunidad Indígena Colla.

Cuadragésimo primero. Que, en consecuencia, la alegación sobre los defectos metodológicos de los informes antropológicos, no tiene fundamento técnico, jurídico ni de contexto, no logrando desvirtuar la presunción de legalidad de la RCA N° 009/2019.

Cuadragésimo segundo. Que, para resolver la presente controversia se hace necesario determinar el contenido y alcance normativo de la consulta indígena en materia ambiental, el cual encuentra su origen en el artículo 6.2 del Convenio N° 169 OIT, que señala lo siguiente: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

El artículo 15.2 del citado Convenio, en su parte segunda, expresa: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Cuadragésimo tercero. Que, el inciso tercero del artículo 7° del Decreto N° 66, de 2013, que aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena dispone: “Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.

Cuadragésimo cuarto. Que, de acuerdo al artículo 8° del citado DS 66: “La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N°19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300”.

Cuadragésimo quinto. Que, el mismo Decreto N° 66, en su artículo 10 previene lo siguiente: “Procedimiento apropiado. El procedimiento de consulta establecido en el artículo 16 deberá aplicarse con flexibilidad.

Para efecto de lo anterior, éste deberá ajustarse a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias.

Asimismo, los órganos responsables indicados en el artículo 4° del presente reglamento deberán considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada”.

Cuadragésimo sexto. Que, en el proceso de evaluación ambiental se ha regulado el deber de consulta indígena en el artículo 85 del Decreto Supremo N° 40, de 2012, que señala: “Consulta a Pueblos Indígenas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental”.

Cuadragésimo séptimo. Que, los artículos 7, 8 y 10 a los que hace referencia el RSEIA vienen a complementar lo establecido en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 relacionado con los efectos, características o circunstancias en virtud de los cuales un proyecto o actividad debe ser evaluado por la autoridad a través de un Estudio de Impacto Ambiental. En efecto, los mencionados artículos corresponden al correlato del artículo 11 literales c), d) y f) de la Ley N° 19.300

Cuadragésimo octavo. De acuerdo a las normas jurídicas transcritas es posible concluir que, en el contexto de un proceso de evaluación ambiental, la consulta indígena constituye una obligación para la autoridad evaluadora cuando, producto de dicha revisión, se deba decretar alguna medida que pueda afectar directamente a pueblos indígenas. En concordancia con lo anterior, los “órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” (artículo 4° inciso segundo de la Ley N° 19.300).

Cuadragésimo noveno. Que, de acuerdo al estudio antropológico acompañado por la titular del proyecto en el proceso de evaluación ambiental se ha verificado que, dentro de su área de influencia, habita la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes. En efecto, el referido estudio precisa lo siguiente: "...el área de influencia para la presente caracterización antropológica corresponde a la parte alta de la cuenca hidrográfica del río Figueroa, en particular las quebradas de los ríos Aguas Blancas, Paredones, Río Turbio, y sus afluentes, territorios usados históricamente por los miembros de la Comunidad Colla Río Jorquera y sus Afluentes (CCRJA) para las actividades de pastoreo, recolección de leña y hierbas medicinales, entre otras actividades" (página 3).

Quincuagésimo. Que, asimismo, de los distintos antecedentes que obran en el proceso de evaluación ambiental ya referido, es posible concluir que se produce una interacción entre distintas obras y actividades del proyecto con tierras y actividades de la Comunidad Colla, por ejemplo, uso de caminos vehiculares comunes, sobreposición del área de plataformas con caminos de trashumancia y sitios de significancia cultural, además del emplazamiento del campamento en tierras de la Comunidad.

Quincuagésimo primero. Que, la reclamada ha sostenido que la referida interacción no produciría efectos nocivos para la Comunidad Colla toda vez que técnicamente se han diseñado distintas medidas que impedirían impactos significativos o, derechamente, no se producirían. Especial relevancia presenta las denominadas "áreas de exclusión ambiental", las cuales corresponden a aquellas superficies que no serán intervenidas por ninguna parte, obra o actividad del Proyecto, las que se encuentran orientadas a la protección y resguardo de su valor ecosistémico y/o ambiental.

Quincuagésimo segundo. Que, la evidente interacción entre el Proyecto y la Comunidad Colla lleva a estos sentenciadores forzosamente a concluir que se produce en la especie una situación inminente de susceptibilidad de afectación, lo cual no es clarificado adecuadamente a través de las acciones o medidas que el SEA argumenta para lograr descartar dicha afectación.

Quincuagésimo tercero. Que, dicha susceptibilidad de afectación no sólo se manifiesta en la ocupación de tierras indígenas sino también en aspectos tan relevantes como la actividad de trashumancia y sentimientos de arraigo y espirituales propios de la cultura Colla.

Quincuagésimo cuarto. Que, no se debe olvidar el rol fundamental y general que le empece al Servicio de Evaluación Ambiental en orden a preservar la naturaleza en todas sus dimensiones, y evaluar los impactos que un Proyecto pueda generar en áreas, recursos o poblaciones protegidas. En este rol preventivo resulta atinente referirse a lo previsto en el artículo 27 del RSEIA el que establece la necesidad de evaluar en una etapa temprana la eventual afectación del proyecto a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Dicha evaluación debe ser realizada considerando los mecanismos de toma de decisiones propios de estos grupos humanos, como también sus costumbres y estructuras organizativas. Esta información debe ser considerada por la autoridad en su pronunciamiento.

Quincuagésimo quinto. Que, en este sentido, la autoridad dispuso de la información necesaria para haber advertido y dirigido su evaluación con un enfoque distinto, ya que la misma Comunidad Indígena, a través de su Presidente, colaboró con el levantamiento de información para identificar correctamente los eventuales impactos que el proyecto generaría en su sistema de vida y costumbres. Aun así, y pese a la consistente información antropológica recopilada, la autoridad consideró que la magnitud y duración de los efectos no ameritaba el proceso de consulta indígena.

Quincuagésimo sexto. Que, otro elemento esencial que no fue considerado por la reclamada dice relación con la buena fe que guio la relación que existía entre la reclamante y la titular del Proyecto. De un análisis cuidadoso de los antecedentes contractuales suscritos entre ellos es posible concluir que la consulta indígena siempre fue un aspecto fundamental para construir los distintos acuerdos y convenios que viabilizaban su ejecución. Dicha intención o ánimo consta del contrato de prórroga de servidumbre minera de ocupación y tránsito (cláusula octavo) y del acuerdo de cooperación mutua (cláusula vigésimo primero), ambos instrumentos suscritos con fecha 28 de diciembre de 2017.

Quincuagésimo séptimo. Que, es indudable que la susceptibilidad o probabilidad de afectación de la Comunidad Indígena Colla es alta toda vez que, como se ha señalado, el Proyecto se emplaza en sectores o territorios indígenas que prestan a sus comuneros servicios ecosistémicos ancestrales y que, por lo demás, son vitales para la subsistencia de dicha comunidad.

Quincuagésimo octavo. Que, lo anterior queda de manifiesto en diversos antecedentes del proceso de evaluación ambiental. En efecto, en las declaraciones de integrantes de la Comunidad Colla evacuadas bajo la metodología

de entrevistas etnográficas, se reconocen los sectores de La Guardia, Yeguas Heladas y Caspiche como áreas de pastoreo siendo el recurso natural más importante “pues con eso pueden cuidar a sus animales que le permiten surgir, alimentarse, alimentar a su familia, que estudien sus hijos” (transcripción de declaración etnográfica de don Rony Villegas Cortes en informe de Caracterización Antropológica).

Así también, la Comunidad Indígena Colla manifestó su preocupación por la afectación que podían tener sus actividades de trashumancia, recolección de hierbas medicinales, pastoreo, con ocasión de las obras y actividades del Proyecto, tal como consta del Acta de Reunión N° 8, de fecha 19 de julio de 2018. En efecto, es en dicha instancia convocada por el SEA en el marco de las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, dispuesta por el artículo 86 del RSEIA, que varios integrantes de la Comunidad consignaron su oposición a la forma en que se estaba evaluando el proyecto, esto es, a través de una Declaración de Impacto Ambiental, en circunstancias que en su opinión, atendida la afectación a su sistema de vida y costumbres dicho proyecto debía evaluarse mediante un Estudio de Impacto Ambiental que contemplara además un Proceso de Consulta Indígena.

Quincuagésimo noveno. Que, el SEA en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4° de la ley 19.300, y habiendo recabado directamente de parte de miembros de la comunidad indígena afectada la opinión negativa respecto del proyecto, y la vulneración evidente de acuerdos previos suscritos de buena fe con la titular, en virtud de los cuales la futura actividad de prospección minera debía evaluarse ambientalmente de la mano de una consulta indígena en los términos del Convenio 169, debió haber profundizado el alcance de su análisis, a objeto que se evaluara el proyecto conforme al mérito de la totalidad de los antecedentes que se acompañaron al proceso, tanto de aquellos emanados de la titular como de aquellos acompañados por la comunidad.

Sexagésimo. Que, el objetivo de las reuniones previstas en el artículo 86 del RSEIA, excede a lo puramente procedimental en los términos que lo entiende el SEA, ya que es justamente en estas instancias tempranas de la evaluación ambiental que la autoridad puede identificar inconsistencias u omisiones en los proyectos que impidan evaluarlos correctamente. En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Excm. Corte Suprema en autos rol 36.919-2019, al señalar que “... la recopilación de la información a través de las reuniones establecidas en el artículo 86 del Reglamento, como se señaló, no tienen como único objeto poner término anticipado al proyecto, sino que, además están previstas para que la autoridad cuente con información que le permita evaluar de mejor forma aquellos antecedentes que forman parte de la evaluación del proyecto, pues solo así podrá determinar si existe una alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de las etnias indígenas (artículo 11 letra c) o una susceptibilidad de afectación del elemento territorial (artículo 11 letra d)”.

Sexagésimo primero. Que, como lo ha señalado la doctrina, la consulta indígena procederá cuando sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (Meza - Lopehandía, Matías y otros. Los pueblos indígenas y el derecho. 2013 p. 397).

Sexagésimo segundo. Que, así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema al señalar que “... la afectación de un pueblo se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (Corte Suprema Rol 817-2016; 16.817-2013).

Sexagésimo tercero. Que, como se ha señalado, las actividades indígenas antes referidas se desarrollan en las tierras y territorio indígena que serán intervenidos durante un período de cuatro años con la ocupación y uso de un campamento minero, un área de sondajes y sus huellas de acceso, y con el uso permanente y continuado por parte del titular del proyecto de los caminos que forman parte del trazado de rutas ancestrales de trashumancia, espacios de uso comunitario por donde ahora transitará diariamente, y de manera adicional, un total de 24 vehículos pertenecientes al proyecto.

Sexagésimo cuarto. Que, la significancia derivada de la duración o magnitud de los impactos no puede ser el único criterio que guíe la protección de poblaciones o pueblos protegidos ya que precisamente es esa protección específica la que debe motivar cualquier tipo de decisión que los pueda afectar.

Sexagésimo quinto. Que, la normativa ambiental no puede alentar una concepción restrictiva de protección a uno de sus elementos más sensibles como es el medio humano, máxime cuando de su interpretación no es posible advertir tal dirección. Por el contrario, es el mismo artículo 11 literal d) de la Ley N° 19.300 el que discurre sobre la hipótesis de la susceptibilidad de afectación y no de impactos significativos, como pudiese

entenderse de los otros literales. Que, es sólo de esta manera que puede entenderse armónicamente el alcance y contenido del Convenio N° 169 y el derecho ambiental interno.

Sexagésimo sexto. Que, cabe señalar que el concepto de significancia que pretende ser aplicado por la recurrida es un elemento que debe ser analizado a la luz de la autodeterminación cultural que rige en cada pueblo indígena. No es posible imponer o desconocer los propios criterios de poblaciones con cosmovisiones distintas, esto es, la visión de sus propias prioridades, y que la misma normativa reconoce en su afán de protección. Es así como el ya citado artículo 27 del RSEIA exige, para el análisis de susceptibilidad directa – no de impactos significativos –, que el Servicio considere los mecanismos de decisiones, las costumbres y estructuras organizativas propias de los pueblos indígenas. Así también lo previene el artículo 8° del Convenio N°169 al señalar: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Sexagésimo séptimo. Que, si bien los artículos 7°, 8° y 10° del RSEIA originalmente se han previsto como complemento o detalle de los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, respectivamente, la remisión que hace el artículo 85 del mismo Reglamento debe aplicarse teniendo como piedra angular la susceptibilidad de afectación a la que se refiere el literal d) del artículo 11.

Sexagésimo octavo. Que, por lo demás, el Convenio 169 y el artículo 10 del DS N° 66, establecen el principio de flexibilidad para determinar el alcance y naturaleza de las medidas que tengan por objeto dar aplicación a su normativa. De otro modo, los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 y especialmente el deber de la consulta indígena, se verían muchas veces conculcados e invisibilizados ante categorías y supuestos regulatorios que no les son propios. Finalmente, es la diversidad cultural o, para otros, el multiculturalismo, el objeto de protección final del Convenio 169 y de toda la normativa interna desplegada que exige una protección no restrictiva de nuestro derecho.

Sexagésimo noveno. Que, en consecuencia, analizados los antecedentes que obran en el expediente de evaluación ambiental es posible advertir que existe evidencia irrefutable de susceptibilidad de afectación directa a un grupo humano perteneciente a un pueblo indígena, razón por la cual se hace forzoso concluir en la necesidad de implementar el procedimiento de consulta indígena bajo los estándares previstos en el Convenio N° 169 de la OIT.

Septuagésimo. En virtud de lo anterior, este Tribunal acogerá la reclamación en esta parte, lo cual deberá interpretarse en armonía con lo que se resolverá en el acápite siguiente.

III. Justificación de la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300.

Septuagésimo primero. Que, la actora asevera que el Proyecto genera efectos que deben ser evaluados a partir de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y no a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) en la medida que concurren, en su opinión, los supuestos previstos en el artículo 11 literales b), c), d) y f) de la Ley N° 19300, circunstancias todas que, para una mejor comprensión y ordenamiento, serán analizadas según cada literal alegado.

a) Efectos adversos previstos en el artículo 11 letra b) de la Ley N° 19.300.

Septuagésimo segundo. Que, sobre este punto la Comunidad Indígena Colla sostiene que el proyecto produce afectación en los recursos hídricos, suelo, flora, fauna endémica de valor ambiental y cultural, vegas y bofedales altoandinos.

1. Respetto de la pérdida de suelo, por las actividades de perforación y habilitación del campamento.

Septuagésimo tercero. Que, si bien la reclamante no desarrolla este punto en su reclamación, el Servicio de Evaluación Ambiental descartó la afectación en el componente suelo y su capacidad para sustentar la biodiversidad por degradación, erosión, impermeabilización, compactación o presencia de contaminantes (Art. 6 letra a) RSEIA) en la medida que tanto la superficie que utilizará el campamento como la zona de sondajes ya se encuentran intervenidas, con escasa vegetación y escaso desarrollo de suelo. Añade que las zonas con vegetación azonal han sido definidas como “áreas de exclusión ambiental” por lo que no se verán afectadas por las obras y actividades del proyecto.

2. Respetto del recurso hídrico.

Septuagésimo cuarto. En relación al recurso hídrico la reclamante asevera que el proyecto afectará la calidad de las aguas subterráneas y superficiales por las actividades de perforación. En dicho sentido acota que el proyecto se emplaza en un sistema hidrológico de alta vulnerabilidad afectando directamente a la Quebrada Yeguas Heladas, Quebrada Paredones, Quebrada Seca y el Río Aguas Blancas, las que se asocian al desarrollo de vegetación azonal y una laguna sin nombre de una superficie de 1 hectárea.

Sostiene que la RCA descarta la afectación en el nivel freático de las aguas subterráneas y su incidencia en las fuentes hídricas superficiales, en atención a que las aguas estarían posiblemente desconectadas del sistema hídrico.

Septuagésimo quinto. Sobre este punto el SEA precisa que el proyecto no considera la extracción de aguas subterráneas o superficiales la cual, en su fase de construcción, será provista por un tercero autorizado.

Asevera que las quebradas y el cuerpo de agua sin nombre ubicados en el área de emplazamiento del proyecto, no serán afectados ya que la ubicación de las plataformas de sondajes se encuentra fuera de los cursos de agua permanente, lo que, sumado al procedimiento de sellado de sondajes, no afectará la dinámica hidrológica del área.

Septuagésimo sexto. Asimismo, el SEA asevera que no se producirá afectación a la calidad de las aguas superficiales ya que el proyecto considera un adecuado manejo de los residuos y el lodo que se genere, incluyendo un plan de monitoreo.

3. Afectación a la calidad del aire por MPS.

Septuagésimo séptimo. Que, si bien la reclamante no desarrolló este punto en su reclamación, la reclamada sostiene que el proyecto no producirá efectos adversos significativos sobre recursos naturales producto de la emisión de material particulado sedimentable (MPS), en atención a que no supera la norma de referencia de la Confederación Suiza *Ordinance on Air Pollution Control* (OAPAC) utilizada para evaluar la significancia de emisión de material particulado sedimentable.

Septuagésimo octavo. Agrega el SEA que los sectores con mayor aporte de MPS corresponden a los sectores aledaños a las rutas de tránsito utilizadas por el proyecto, para lo cual se ha previsto la aplicación de supresor de polvo y humectación de caminos.

4. Pérdida de individuos por corta de formaciones xerofíticas.

Septuagésimo noveno. La reclamante señala que el proyecto producirá la pérdida de individuos por corta de formaciones xerofíticas. Asevera que se encontraron 57 especies de flora, de las cuales 50 son nativas, 1 endémica, 1 se encuentra en estado de conservación, y 6 no fue posible establecer su origen. Además, se encontraron formaciones xerofíticas de la especie *Adesmia echinus*.

Octogésimo. Asimismo, sostiene que en lo relativo al componente fauna se identificaron 14 especies en Categoría de Conservación, como el zorro culpeo, la lagartija de Ortiz, la vicuña y el cóndor. Sin embargo, la RCA califica el proyecto como de bajo impacto.

Octogésimo primero. A su turno, el SEA descartó una afectación significativa sobre las formaciones xerofíticas en razón del criterio de magnitud, esto es, en relación a su representación geográfica en el sector ya que se intervendrá una superficie real de individuos de 4,65 hectáreas, para lo cual el titular cuenta con el respectivo permiso sectorial del artículo 151 del RSEIA (PAS 151).

5. Afectación de especies de baja movilidad y alteración del hábitat.

Octogésimo segundo. Que, si bien la reclamante no desarrolla este punto en su reclamación, el Servicio de Evaluación Ambiental descartó la generación de efectos significativos adversos al señalar que en el área de plataformas no se visualizó fauna, encontrándose la mayor cantidad de especies vertebradas en las áreas de exclusión ambiental (áreas de quebradas y humedales). Lo anterior fue ratificado con el levantamiento de información a través de transectos para micromamíferos al interior del área de prospecciones.

6. Afectación a los receptores de fauna por ruido.

Octogésimo tercero. Que, si bien la reclamante no desarrolla este punto en su reclamación, el SEA sostiene que, de acuerdo a los resultados obtenidos de la modelación de ruido, tanto en la etapa de construcción como en la de operación, no se superan los niveles de referencia de 85 dB, según lo establecido por la EPA de los Estados Unidos.

Octogésimo cuarto. Sobre este punto la reclamada señala que los aportes de ruido fueron evaluados sobre cuatro puntos con potencial presencia de fauna que corresponden a sectores y/o áreas de interés para dicha componente y donde se identificaron los receptores más cercanos para las fases de construcción y operación.

7. Afectación a las vegas y bofedales.

Octogésimo quinto. En relación a las vegas y bofedales, la reclamante indica que la afectación se producirá como consecuencia de la habilitación de accesos a las plataformas de sondaje y 93 plataformas de sondajes, en una extensión de 4,69 hectáreas correspondiente a formaciones xerofíticas de la especie *Adesmia echinus*.

Octogésimo sexto. El SEA asevera que no se producirá afectación en vegas y bofedales al no considerarse la extracción de recursos hídricos. Afirma que tampoco serán afectadas por las obras y actividades del proyecto ya que han sido definidas como “áreas de exclusión ambiental” todos aquellos sectores de vegas, pajonales hídricos y bofedales presentes en el área de influencia.

Octogésimo séptimo. La reclamada se refiere especialmente a los resguardos que se han diseñado para el control de los lodos generados por las perforaciones, específicamente la construcción y operación de la piscina de sedimentación y decantación.

Añade que la intervención será minimizada al utilizar huellas de acceso preexistentes. Y, en aquellos casos donde se deban habilitar huellas nuevas, se implementarán medidas de control como la humectación de los caminos a objeto de reducir el material particulado.

Finalmente, indica que el proyecto incorpora compromisos voluntarios para la protección y resguardo del valor ecosistémico y/o ambiental de las zonas de quebradas, vegas y bofedales, como son la gestión y el monitoreo de las Áreas de Exclusión, entre otros.

Octogésimo octavo. Que, para efectos de determinar la legalidad o ilegalidad de la resolución reclamada, se analizarán los antecedentes presentados en la DIA y en el procedimiento de evaluación, a la luz de lo dispuesto en los arts. 12 bis de la LBGMA y 19 letra b.1) y b.6) del RSEIA, que permiten determinar el contenido mínimo de una DIA en relación con los elementos del medio ambiente que podrían verse afectados en el área de influencia de un proyecto o actividad.

Octogésimo noveno. Atendido a que la reclamante únicamente se refiere en su alegación sobre este punto acerca de las componentes 1) recurso hídrico, 2) formaciones xerofíticas, y 3) vegas y bofedales, el análisis se centrará sólo respecto de éstos, toda vez que respecto de los otros componentes no se aportan antecedentes que permitan desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo impugnado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 19880, siendo ello una carga que pesa sobre quien impugna un acto de la administración, y que este tribunal no puede suplir en virtud del principio de imparcialidad e independencia a que se encuentra sometido por el ordenamiento jurídico.

Nonagésimo. Que, así las cosas, en relación a la supuesta afectación del recurso hídrico, cabe consignar que en la primera Adenda el titular caracterizó a la zona de plataformas, a requerimiento de la Dirección General de Aguas (DGA), identificando tres unidades hidrogeológicas (UH), a saber: UH A1, sedimentos clásticos; UH C1, rocas sedimentarias, y UH C2, rocas volcánicas. Señala que las rocas volcánicas y sedimentarias (UH C2 y UH C1) se observan en gran parte del área de estudio y son cubiertas por sedimentos clásticos (UH A1), asociados a actividad fluvial/aluvial actual y remociones en masa. Indica que la UH A1 corresponde a un acuífero libre, que transporta el agua superficial que aflora a lo largo de las quebradas del área de estudio, que es recargada por precipitación y deshielos. Las mediciones de niveles piezométricos en la UH C2, indican que el agua subterránea en esta unidad estaría desconectada del sistema de agua superficial. Concluye que el recurso hídrico superficial, estaría más bien relacionado con la UH A1.

Nonagésimo primero. Al respecto la DGA mediante Ordinario N°552, de 23 de octubre de 2018, se manifestó conforme con la respuesta del Titular, agregando que en caso de evidenciarse afloramientos de aguas subterráneas durante la ejecución de las actividades de perforación el titular, junto con detener la actividad, deberá incluir en sus registros los niveles piezométricos de los respectivos sondajes, e informar y remitir los antecedentes a la autoridad ambiental competente.

Nonagésimo segundo. Que, en relación a la supuesta afectación de las formaciones xerofíticas, cabe señalar primeramente que es un hecho no controvertido en autos que el titular intervendrá una superficie total de 4,65 hectáreas de formaciones xerofíticas ubicadas en el área del proyecto, lo cual se solicitó y otorgó por el órgano

competente (CONAF) el correspondiente permiso ambiental sectorial, que para estos efectos corresponde al contenido en el art. 151 del RSEIA (PAS 151).

Nonagésimo tercero. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 107 del RSEIA, los permisos de carácter ambiental que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al SEIA, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de la Ley 19.300 y el Reglamento. A su vez, los requisitos para su otorgamiento y sus contenidos técnicos y formales, se encuentran regulados en el Título VII del RSEIA, siendo competencia de los organismos sectoriales competentes su verificación o rechazo.

Nonagésimo cuarto. Que en el caso de autos no solo consta que CONAF verificó conforme el cumplimiento de los citados requisitos, pronunciándose conforme mediante Oficio Ordinario N°2-EA/2019, de 03 de enero de 2019, sino que además el propio SEA procedió a verificar que respecto de este componente no se genera un efecto adverso significativo en razón de los criterios contenidos en el art. 6 del RSEIA, específicamente en atención a la magnitud de la intervención de la especie *Adesmia echinus* y el estado de intervención antrópica anterior de las áreas en donde se desarrollará el proyecto, las cuales presentan movimientos de tierra anteriores, como asimismo campañas de exploración y prospección.

Nonagésimo quinto. Por último, en relación a la componente vegas y bofedales, lo primero que debe señalarse es que la reclamante se refiere a estas con ocasión de la intervención de 4,65 hectáreas de la especie *Adesmia echinus*, analizada en el punto anterior, lo que a juicio de este Tribunal no es correcto en la medida que, de acuerdo a la información contenida en la evaluación ambiental, las vegas y bofedales existentes en el área del proyecto se presentan en fondos de quebrada con escurrimiento de agua, tanto superficial como subsuperficial, quedando comprendidas en lo que el Titular denomina “Áreas de Exclusión Ambiental”.

Nonagésimo sexto. Que, la determinación de estas “áreas de exclusión ambiental” responde a un compromiso ambiental voluntario del Titular del proyecto (Cap. 5 de la DIA) en orden a no intervenir de ninguna manera los recursos naturales presentes dentro de su espacio, encontrándose protegidas adicionalmente con un Buffer de 50 metros. Que tanto la Seremi del Medio Ambiente como la CONAF solicitaron en la evaluación ambiental la aclaración tanto de la delimitación de las mismas como de las actividades de seguimiento ambiental comprometidas por el Titular, manifestándose ambos organismos conformes con la Adenda presentada.

Que, en cuanto a la posibilidad de afectación de las vegas y bofedales con ocasión de emisiones atmosféricas MPS, el titular indica que, durante las fases de construcción, operación y cierre se generarán emisiones atmosféricas de MPS, para lo cual presentó una modelación que consideró 36 receptores de interés, de los cuales 15 corresponden a Bofedales, 6 corresponden a Vegas y 13 corresponden a Pajonales, no existiendo en dichos receptores superación de la norma internacional de referencia de la Confederación Suiza *Ordinance on Air Pollution Control* (OAPAC) aplicada, la cual establece un límite de 200 mg/m²/día como promedio mensual, y donde los sectores con mayor aporte debido al MPS corresponden a los sectores cercanos a las rutas de tránsito empleadas por el Proyecto, para lo cual el titular presenta las medidas de humectación de camino de acceso hacia las plataformas, y aplicación de supresor de polvo en caminos de acceso desde el sector de la bifurcación de la Ruta C-611, hasta el campamento Caspiche (17 km) y el camino de ingreso al campamento Casale (17 km), con una inspección semanal, en los términos señalados en el Anexo 7.2 de la Adenda Complementaria.

Nonagésimo séptimo. Que, en conclusión, y en mérito de lo expuesto, para este Tribunal no hay evidencia en el procedimiento de evaluación de que se configuren los efectos, características y circunstancias del art. 11 literal b) que justifiquen la presentación de un EIA, descartándose de esa manera la ocurrencia de efectos adversos de significancia sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables existentes en el área del proyecto, incluidos el suelo, agua y aire. Que, en razón de lo anterior, se descartará la reclamación en este punto.

b) Efectos adversos previstos en el artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300.

Nonagésimo octavo. Que, como se ha señalado precedentemente, la Comunidad Colla explica que el Proyecto requiere de un EIA por la afectación de 1,6 hectáreas que corresponden a tierras de propiedad indígena inscritas a favor de la Comunidad Indígena Colla reclamante, donde se emplazará el campamento del Proyecto Caspiche, y territorio ancestral indígena, por la perforación de 334 pozos de sondaje.

Asevera que la utilización de dichas tierras indígenas, constituye una afectación significativa en el sistema de vida y costumbres de la Comunidad Indígena Colla.

Añade que los efectos nocivos del Proyecto en el sistema de vida y costumbres de la reclamante también se manifiestan en la afectación de los asentamientos temporales y permanentes de sus crianceros, en los ciclos de trashumancia y actividades ganaderas silvopastoriles, y afectación a 22 sitios de significación cultural.

Nonagésimo noveno. Que, al respecto el SEA señala que el sólo emplazamiento del Campamento Caspiche en tierras indígenas, no es suficiente para determinar por sí un efecto significativo en los términos del artículo 7 RSEIA.

Añade que, si bien el Campamento se ubica en tierras de la Comunidad, la superficie se encuentra denudada por movimientos de tierra efectuados con anterioridad.

Asevera que tampoco puede configurarse una hipótesis de afectación al haberse constituido una servidumbre minera voluntaria entre la reclamante y la titular del Proyecto, para la instalación del campamento Caspiche.

Centésimo. Que, en este orden de ideas, el Servicio de Evaluación Ambiental declara haber realizado un adecuado análisis del componente medio humano, teniendo en consideración las cinco circunstancias o dimensiones previstas en el referido artículo 7 del RSEIA, en base a los antecedentes entregados por el titular del Proyecto en su DIA y Adendas respectivas.

Centésimo primero. Luego, la reclamada aborda las hipótesis de alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de la Comunidad Indígena Colla, a la luz del referido artículo 7°.

Al respecto asevera que, dentro del área de influencia del Proyecto, se ubican lugares de recolección de leña o varillas secas, lugares de pastoreo y especies de vegetación de interés de la reclamante (Pingo pingo y Chachacoma). Cabe señalar que las especies de vegetación referidas se encuentran en el interior del área de plataformas.

En términos generales, descarta la intervención, uso o restricción al acceso de los referidos recursos naturales en atención a la condición del sector y a la duración y magnitud de las obras, partes y acciones del Proyecto. Destaca en este orden de ideas la calificación de “áreas de exclusión ambiental” respecto de aquellos sectores de interés ubicados dentro del área de influencia del Proyecto como son los sectores de pastoreo y lugares de recolección de leña y hierbas medicinales.

Centésimo segundo. Expone la reclamada que el Proyecto no producirá la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento según lo regulado en el literal b) del artículo 7 del RSEIA, en atención a las características de diseño de los caminos de acceso, esto es, su ancho, estado de conservación y a frecuencia de viajes. Añade que tampoco se producirá afectación en el “camino vehicular”.

Centésimo tercero. Que, a juicio del SEA, el Proyecto tampoco alterará el acceso o la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica, especialmente en la etapa de construcción del Proyecto, en atención al período acotado de uso de los caminos que unen al Proyecto con las comunas de Tierra Amarilla y Copiapó.

Centésimo cuarto. Que, en relación al ejercicio de las tradiciones, cultura o intereses comunitarios que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo, la reclamada indica que, atendida la duración y magnitud de la intervención del Proyecto en terreno, unido a la existencia de “áreas de exclusión ambiental”, dichas manifestaciones no serán afectadas. En efecto, precisa que al no generarse restricciones al acceso sobre los espacios naturales utilizados para la recolección de hierbas medicinales, recolección de leña, actividades de ganadería y rutas de trashumancia, como tampoco intervención en los sitios de significancia cultural identificados, no se producirá la referida afectación.

Centésimo quinto. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 del RSEIA, para los efectos de evaluar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, se considerará la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos, en consideración a la duración o magnitud de las cuatro circunstancias o dimensiones que la misma norma señala. Que, tratándose de grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, además de las dimensiones ya referidas, debe considerarse la duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular.

Centésimo sexto. Que, tal y como se ha dicho precedentemente, las tierras y territorio indígena utilizado ancestralmente para el ejercicio de las actividades de pastoreo y recolección de hierbas y varillas, será intervenido durante un período de cuatro años con la ocupación y uso de un campamento minero, un área de sondajes y sus huellas de acceso, y con el uso permanente y continuado por parte del titular del proyecto de los caminos que forman parte del trazado de rutas ancestrales de trashumancia, espacios de uso comunitario por donde ahora transitará diariamente, y de manera adicional al flujo vial existente, un total de 24 vehículos motorizados pertenecientes al proyecto.

Centésimo séptimo. Que tal y como se indica en la Caracterización Antropológica, Anexo 4.10 de la DIA, el pueblo Colla se caracteriza tradicionalmente como una población con un estrecho vínculo con la cordillera, con las actividades como la crianza de ganado, fundamentalmente caprino y ovino, y sus actividades de pastoreo estacional que los obligan a llevar una vida trashumante (INAS, 2000; Gahona, 2000; Fuentes et al., 2001; Bengoa, 2004; Jeria, 2005; CMM - IAL, 2010). Que en relación al estilo de vida y costumbres, cabe destacar que durante el año 2010 el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes reconoció a la Comunidad Colla Río Jorquera y sus Afluentes, como uno de los cuatro Tesoros Humanos Vivos (THV) premiados ese año. Este reconocimiento tuvo como objetivo el apoyar y valorar el esfuerzo que está realizando la Comunidad Colla Río Jorquera en el trabajo de transmisión de su saber ancestral hacia las generaciones jóvenes, destacando dicha instancia que “También se realiza el reconocimiento **para poner en valor a la última comunidad que practica la trashumancia en territorio chileno y ayudar a rescatar a sus miembros de la vulnerabilidad en la que se encuentran**” (lo destacado es nuestro).

Centésimo octavo. Que, la relevancia de la trashumancia en la cultura Colla queda de manifiesto en el Informe Antropológico ya citado, acápite 3.7. Identidad Grupal a través de los elementos culturales, en donde se indica que la distinción étnica de los Collas se establece debido a que se comparte un determinado estilo de vida, que es la trashumancia, y se agrupan socialmente por lazos de parentesco. Se afirma que “un Colla sin tierras no es Colla” lo que sugiere que la calidad de la vida a la que accede un sujeto social Colla en la ciudad es calificada como “mala vida”, todo lo contrario de vivir arriba en la cordillera. Por ello, reconocer el uso y ocupación sociocultural de la cordillera por los Collas como “ideal”, es otorgar alto valor al estilo de vida trashumántico, comprendiendo que es en la cordillera y no en la ciudad donde se encuentran las “mayores riquezas”.

Centésimo noveno. Que en opinión de este Tribunal, la alteración al estilo de vida trashumante inherente a la cultura de la comunidad reclamante, en cuanto elemento identitario, no ha sido correctamente evaluada por el SEA, en la medida que el tráfico permanente de vehículos motorizados durante un período de tiempo –4 años– en el territorio indígena, ocupando las mismas rutas que ancestralmente los comuneros han ocupado y siguen ocupando para realizar el traslado de su ganado hacia los distintos sectores de vegas, veranadas e invernaadas, lo que configura necesariamente, en virtud de su magnitud y duración, una alteración de carácter significativo a su sistema de vida y costumbres, correspondiendo en consecuencia que el proyecto se evalúe por este motivo mediante un Estudio de Impacto Ambiental.

Centésimo décimo. Que no es suficiente para los efectos de descartar la señalada afectación los argumentos esgrimidos por la reclamada en orden a que el proyecto no considera obras en el camino de acceso desde el sector La Guardia hasta el área de perforaciones, ni que tampoco generará cortes en la ruta que dificulten el paso de animales, así como tampoco el hecho que la emisión de material particulado generado por los vehículos se mitigará mediante humectación y aplicación de supresor de polvo, ya que lo que genera en último término la afectación constatada por el Tribunal, es el tránsito diario y permanente de un número considerable de vehículos, livianos y pesados, por las mismas rutas que utiliza la comunidad, sin otra restricción que el límite de velocidad máximo para las áreas de plataformas y campamento, de 30 y 50 km/h, respectivamente, alterando con ello inevitablemente la íntima conexión y sentimientos de arraigo de la comunidad indígena con su territorio.

Centésimo undécimo. Que para arribar a esta conclusión, este tribunal ha tenido a la vista el criterio contenido en el art. 8 del Convenio 169, el cual dispone que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, criterio que se ve reforzado por lo dispuesto en el art. 4º de la ley 19.300, en el sentido que los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Centésimo duodécimo. Que, en conclusión, y en mérito de lo expuesto, en opinión de este Tribunal se configura la circunstancia prevista en el art. 11 literal c) de la Ley, en la medida que el proyecto genera alteración del

sistema de vida y costumbres de la comunidad indígena reclamante, razón por la cual se acogerá la reclamación en esta parte.

c) Efectos adversos previstos en el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300.

Centésimo decimotercero. Que, en este acápite la Comunidad Indígena reclamante sostiene que el Proyecto es susceptible de afectar al “Sitio Prioritario para la Conservación de la Diversidad Regional Río Figueroa”, ubicado aguas abajo y que recibe las aguas que escurren de las distintas quebradas que proveen servicios ambientales al ecosistema indígena.

Centésimo decimocuarto. Que, el SEA descarta la susceptibilidad de afectación a poblaciones protegidas a la luz del artículo 8° inciso 8 del RSEIA, esto es, en atención a la extensión, magnitud o duración de la intervención de las áreas donde ellas habitan.

Añade que la única obra del Proyecto que se emplaza en tierra indígena es el campamento Caspiche, el cual, como ya se ha señalado, se ubicaría en una zona intervenida y desprovista de sitios de significancia y recursos naturales de interés para la Comunidad. Y respecto de las tierras indígenas circundantes, estarían dentro de las “Áreas de exclusión ambiental”.

Centésimo decimoquinto. Que, en relación al Sitio Prioritario antes referido, precisa que éste se encuentra al menos a 3 kilómetros de distancia del Proyecto y, además, no se encuentra reconocido en el Of. Ordinario D.E. N° 100143 del SEA, relativo al Instructivo sobre “Sitios Prioritarios para la Conservación del SEIA”, que complementa el Of. Ord. D.E. N° 103008 de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. En consecuencia, a juicio de la reclamada, el sitio en comento no tiene la calidad de sitio prioritario para estos efectos.

Centésimo decimosexto. Asimismo, agrega que a propósito del análisis del artículo 6 del RSEIA, se descartó la interrelación del Sitio con las obras y acciones del Proyecto. Dicha conclusión se fundamenta en la circunstancia de que el Proyecto no contempla la extracción de aguas superficiales o subterráneas, razón por la cual no modificará la situación hídrica del sector.

Centésimo decimoséptimo. Enseguida, el SEA se refiere a la alegación sobre la falta de fundamentación antropológica indicada por la actora. Al respecto sostiene que el informe antropológico acompañado en la DIA consideró información primaria y secundaria, entrevistas semi estructuradas etnográficas a miembros de la Comunidad y la realización de un trabajo “etnográfico participativo” para la identificación de sitios de significación cultural. Además, dicha información fue complementada y rectificada en la Adenda, precisando aspectos metodológicos e incorporando en el análisis antecedentes emanados de organismos públicos, como también aquellos aportados por la misma Comunidad. Sobre este punto, finaliza indicando que la referida alegación no se sustenta en elementos técnicos o jurídicos, ni tampoco explica cómo se produce la falta de información.

Centésimo decimoctavo. Que, sobre esta alegación el Tribunal se estará a lo razonado en el capítulo II precedente, con ocasión de la susceptibilidad de afectación directa del proyecto a poblaciones indígenas protegidas y la necesidad de llevar a cabo un proceso de Consulta indígena, por lo que en virtud de dichas consideraciones también se acogerá la reclamación respecto de este literal.

d) Efectos adversos previstos en el artículo 11 letra f) de la Ley N° 19.300.

Centésimo decimonoveno. La reclamante reprocha que el SEA descartó la afectación de 30 hallazgos arqueológicos superficiales ubicados en las áreas de plataforma de sondaje, sin justificación técnica, al considerar que el Proyecto no contempla la remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro, intervención o modificación de ningún Monumento Nacional de aquellos definidos en la Ley N° 17.288.

Centésimo vigésimo. Al respecto el SEA señala que en la especie no se configuran ninguno de los presupuestos que contempla el artículo 11 letra f) de la Ley N° 19.300, ya que no considera la intervención de los hallazgos arqueológicos identificados. Lo anterior se sustenta en la circunstancia de que los referidos hallazgos y sitios de valor arqueológico han sido excluidos de toda intervención al ser definidos como “área de exclusión ambiental” considerando un buffer de no afectación de 5 metros para el caso de los hallazgos arqueológicos aislados, y de 10 metros para el caso de los sitios arqueológicos.

Centésimo vigésimo primero. En este mismo sentido asevera la reclamada que el proyecto no contempla la modificación o deterioro de construcciones, lugares o sitios que, por sus características constructivas, por su

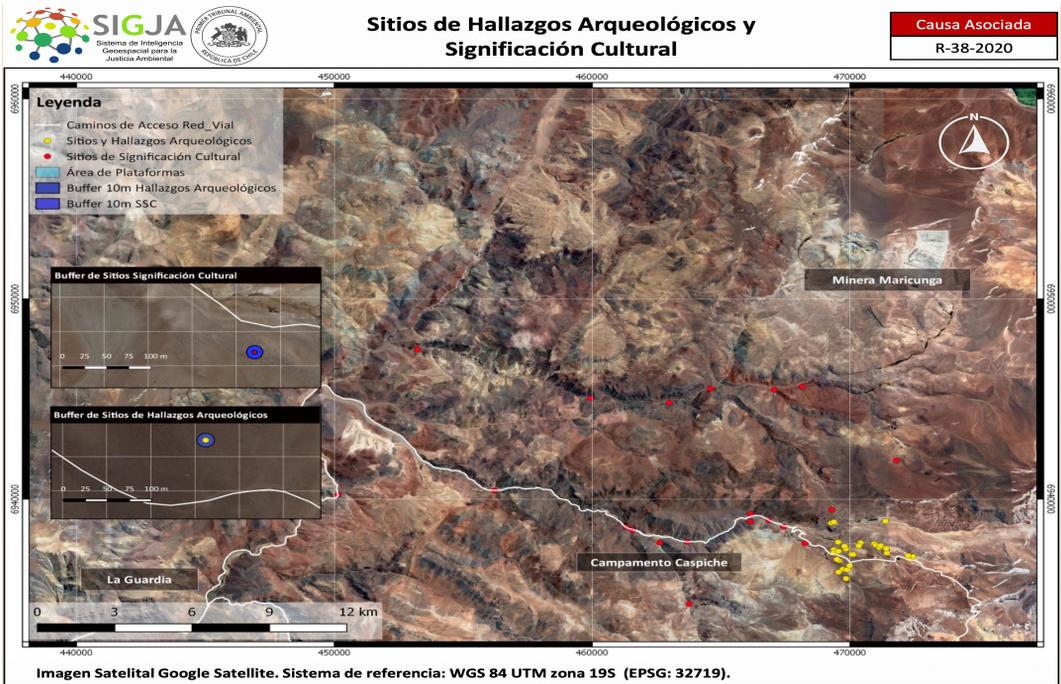
antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenezcan al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.

Centésimo vigésimo segundo. Que, en relación al Patrimonio Cultural Indígena, sostiene que se identificaron 22 Sitios de Significación Cultural (SSC), los que se encuentran en las cercanías del área del proyecto. Señala que los SSC más cercanos corresponden al SSC 2017-03 Refugio Caspichal de uso esporádico de la reclamante, distante a 300 metros del Campamento Caspiche y el SSC 2017-05 denominado Tamberías Rincón Yeguas Heladas, distante a 500 metros de las plataformas de sondaje. El SEA afirma que dichos SSC no serán intervenidos.

Centésimo vigésimo tercero. Al respecto es preciso señalar que de acuerdo al Anexo 4.8 de la DIA -caracterización arqueológica-, en la prospección arqueológica se constató la presencia de 30 hallazgos arqueológicos superficiales, los cuales se encuentran en su totalidad asociados a las áreas de plataforma de sondajes. Asimismo, de acuerdo a lo informado en el Anexo 4.10 de la DIA -caracterización antropológica-, en las cercanías del proyecto se identificaron 22 Sitios de significación cultural, los cuales en su totalidad se encuentran ubicados fuera de las áreas que serán intervenidas por el proyecto.

Centésimo vigésimo cuarto. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 10 del RSEIA, a objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se debe considerar: a) La magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288; b) La magnitud en que se modifiquen o deterioren en forma permanente construcciones, lugares o sitios que, por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena; y c) La afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.

Centésimo vigésimo quinto. Que, analizada la información que consta del expediente de evaluación ambiental a la luz de los criterios de afectación señalados en el considerando precedente, lo cierto es que no se logra visualizar por parte de este Tribunal alteración alguna sobre ninguno de los elementos con valor antropológico o pertenecientes al patrimonio cultural, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 del RSEIA, ya citado, el proyecto no generará remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro, intervención ni modificación de ninguno de los elementos identificados, ya sea porque estos se ubican en lo que se ha denominado “áreas de exclusión ambiental”, las cuales cuentan con un buffer de protección de 5 y 10 metros según corresponda, ya sea porque se ubican fuera de las áreas de intervención del proyecto, tal como se demuestra en la figura N° 1.

Figura N°1: Mapa de Sitios de Hallazgos Arqueológicos y Sitios de Significación Cultural

Fuente: Primer Tribunal Ambiental, sobre la base de información contenida en el Expediente de Evaluación Ambiental.

Centésimo vigésimo sexto. Que, en conclusión, y en mérito de lo expuesto, para este Tribunal no hay evidencia en el procedimiento de evaluación de que se configuren los efectos, características y circunstancias del art. 11 literal f) que justifiquen la presentación de un EIA, razón por la cual se descartará la reclamación en este punto.

IV. Sobre el supuesto incumplimiento a la normativa sobre Gestión de Residuos Peligrosos.

Centésimo vigésimo séptimo. Que, la reclamante sostiene que el proyecto incumple con el principio precautorio previsto en el artículo 6° de la Ley N° 20.920 que establece el “Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje” que exige al gestor manejar los residuos de manera ambientalmente racional.

Lo anterior, atendido a que el proyecto generaría residuos peligrosos, los cuales serían almacenados temporalmente en una bodega de almacenamiento transitorio y/o patio RESPEL en el área del Campamento Caspiche. Asevera que dicha actividad de almacenamiento temporal cuenta con procedimientos operativos deficientes ya que omiten determinadas condiciones y medidas de funcionamiento que puedan evitar derrames, emisiones de polvo y gases, y control de incendios. Añade que tampoco se consideran planes de remediación ante la contaminación de suelos y aguas.

Centésimo vigésimo octavo. Que, a juicio de la reclamante, el proyecto tampoco cuenta con los permisos sectoriales respectivos, relacionados con el almacenamiento y transporte de combustible líquido, a saber: PAS 143 (permiso para el transporte de mercancías peligrosas), PAS 144 (permiso para la instalación y almacenamiento de residuos peligrosos) y PAS 161 (calificación de instalaciones industriales y de bodegaje).

Centésimo vigésimo noveno. Que, en relación al “Permiso para todo sitio destinado al almacenamiento de residuos peligrosos” (PAS 142 del RSEIA) la reclamada sostiene que es un permiso de carácter mixto y que en el proceso de evaluación ambiental solo corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos ambientales del artículo 142 del RSEIA. Asimismo, la bodega de almacenamiento temporal de residuos peligrosos dará cumplimiento con el Decreto Supremo N° 148 del Ministerio de Salud, que aprobó el “Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos”, de 2003.

Centésimo trigésimo. Añade que los requisitos exigidos para el otorgamiento del PAS 142 fueron acreditados con los antecedentes acompañados en la DIA, Adenda y Adenda Complementaria, todo lo cual fue sancionado por la Seremi de Salud de la Región de Atacama en su Ordinario N° 43. En efecto, señala el SEA que la referida bodega contará con un sistema colector para eventuales derrames e incorpora un Plan de Contingencias y Emergencias.

Centésimo trigésimo primero. Precisa la reclamada que no procede el “Permiso para el transporte e instalaciones necesarias para la operación del sistema de transporte de residuos peligrosos” (PAS 143) ya que dicha actividad será efectuada por un tercero autorizado.

Centésimo trigésimo segundo. Que, según el SEA, tampoco sería aplicable el PAS 144 del RSEIA toda vez que el proyecto no considera una instalación para la eliminación de residuos peligrosos en los términos del artículo 3° del DS 148/2003.

Centésimo trigésimo tercero. Que, en la especie no aplica la “Calificación de instalaciones industriales y de bodegaje” correspondiente al PAS 161 del RSEIA, en atención a que el proyecto se emplaza fuera de los límites urbanos de las comunas de Tierra Amarilla y Copiapó.

Centésimo trigésimo cuarto. El SEA afirma que no es aplicable el artículo 6° de la Ley N° 20.920, ya que el titular del proyecto no tiene por objeto realizar gestiones de manejo de residuos, los que serán retirados por terceros para su disposición final o reciclaje. Además, durante el proceso de evaluación ambiental se verificó el cumplimiento de la normativa aplicable.

Centésimo trigésimo quinto. Finalmente, la reclamada precisa que conforme lo establece el artículo 3° de la Ley N° 19.880, los actos de la Administración del Estado gozan de una presunción de legalidad la cual no ha sido desvirtuada por la reclamante.

Centésimo trigésimo sexto. Que, en relación a este aspecto de la reclamación, lo primero que debe observarse es que de acuerdo a lo informado en la DIA, capítulos relativos a descripción del proyecto y normativa ambiental aplicable, resulta claro que la única instalación o actividad de las que indica la reclamante, que necesariamente debe cumplir con la obtención de Permiso Ambiental Sectorial de aquellos que contempla el Título VII del RSEIA, es aquel previsto en el art. 142 (PAS 142) relativo a sitios destinados al almacenamiento de residuos peligrosos.

Centésimo trigésimo séptimo. Lo anterior es así ya que de acuerdo a lo señalado por el Titular, el transporte de dichos residuos peligrosos, actividad regulada en el Art. 143 del RSEIA (PAS 143), será efectuada por terceros autorizados, siendo en consecuencia innecesario que se acredite el cumplimiento de dicha normativa en esta etapa. Que lo anterior no obsta sin embargo, que en la etapa de construcción y operación del proyecto dicha actividad de transporte, declarada a cargo de terceros autorizados, pueda ser fiscalizada por la autoridad ambiental, con las consecuencias jurídicas que su eventual incumplimiento pueda acarrear al Titular.

Centésimo trigésimo octavo. En términos similares se puede concluir acerca de la aplicabilidad del Permiso ambiental sectorial previsto en el art. 144 del RSEIA (PAS 144), toda vez que el proyecto no considera, para ninguna de sus fases, la construcción de una instalación para la eliminación de residuos peligrosos de aquellas normadas en el art. 44 del D.S. 148 de 2003, del Ministerio de Salud, Reglamento Sanitario sobre manejo de residuos peligrosos.

Centésimo trigésimo noveno. Por último, en lo que respecta al pronunciamiento contemplado en el art. 161 del RSEIA, esto es, la calificación de instalaciones industriales y de bodegaje, cabe señalar que el proyecto se encuentra emplazado fuera del radio urbano de la comuna de Tierra Amarilla, específicamente en la precordillera de dicha comuna, no correspondiendo en consecuencia que el titular obtenga dicho pronunciamiento de parte de la autoridad sanitaria, en la medida que la calificación de industrial o de bodegaje, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 4.14.2 y 4.14.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en relación con el inciso final del propio art. 161 ya invocado, únicamente es aplicable respecto de proyectos que se emplacen en áreas reguladas por un Instrumento de Planificación Territorial, hipótesis que en el caso de autos no concurre de acuerdo a lo informado por la propia I. Municipalidad de Tierra Amarilla mediante Ord. 477, de fecha 17 de agosto de 2018.

Centésimo cuadragésimo. Ahora bien, en cuanto al cumplimiento efectivo de la normativa ambiental aplicable al almacenamiento de residuos peligrosos, consta de la evaluación ambiental que el titular acompañó a la DIA el anexo 5.4 los antecedentes técnicos y formales exigidos en el art. 142 del RSEIA, información que luego fue

complementada, a requerimiento del SEA, en Adenda complementaria. Como consecuencia de los antecedentes acompañados por el titular, la autoridad sanitaria se pronunció conforme mediante Ord. 43, de 7 de enero de 2019, en los siguientes términos: *“El proponente presenta los antecedentes necesarios del art. 142 del D.S. N° 40/12 del MMA, para las etapas de construcción, operación y cierre, indicando que generará residuos correspondientes a: lubricantes usados, aceites usados, trapos y huaipes contaminados con hidrocarburos y elementos de protección personal (EPP) contaminados, construyendo sitios de disposición final de acuerdo a requisitos establecidos por esta Autoridad Sanitaria, por lo que este Órgano Administrador del Estado se pronuncia conforme, señalando que una vez finalizado el proceso de evaluación debe presentar los antecedentes necesarios para su autorización”*.

Centésimo cuadragésimo primero. Que, en virtud de las anteriores consideraciones, y no siendo efectivo lo alegado por el reclamante respecto a que el titular no daría cumplimiento a la normativa que regula la gestión de residuos peligrosos, el Tribunal rechazará la reclamación en este punto.

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, en síntesis, habiéndose llegado por este Tribunal a la convicción que el proyecto “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, genera los efectos previstos en los literales c) y d) de la ley 19.300, evidenciándose asimismo susceptibilidad de afectación directa a un grupo humano perteneciente a un pueblo indígena, siendo en consecuencia necesaria la apertura de un proceso de Consulta Indígena, no cabe sino concluir que las resoluciones reclamadas no se conforman a la normativa vigente, correspondiendo que sean dejadas sin efecto.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600; Ley N°19.300; Ley N°19.880, y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Se acoge la reclamación presentada por don Roberto Carlos Salinas Cortez, por sí y en representación de la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes y, en consecuencia, se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 33, de fecha 30 de marzo de 2020; la Resolución Exenta N° 20200310113, de fecha 22 de mayo de 2020; y la Resolución Exenta N° 77, de fecha 7 de agosto de 2020, todas de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama.
- II. Se dispone que el Director del Servicio de Evaluación Ambiental deberá dictar una nueva resolución en virtud de la cual se acoja la solicitud de invalidación, dejando sin efecto la Resolución Exenta N°009, de fecha 6 de febrero de 2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, debiendo evaluarse ambientalmente el proyecto “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y disponerse la realización de un proceso de consulta indígena.
- III. No condenar en costas al Servicio de Evaluación Ambiental y tercero coadyuvante, por tener motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

Rol N° R-38-2020.

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sra. Jasna Pavlich Núñez.

Autoriza la Secretaria Abogada (S) del Tribunal, Sra. Marcela Godoy Flores.

En Antofagasta, a veintiuno de abril de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-39-2020

“Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca (AIASIQ).
- Reclamado(s): Comisión de Evaluación Ambiental, Región de Tarapacá.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Compañía Minera Cerro Colorado Ltda. (CMCC).

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

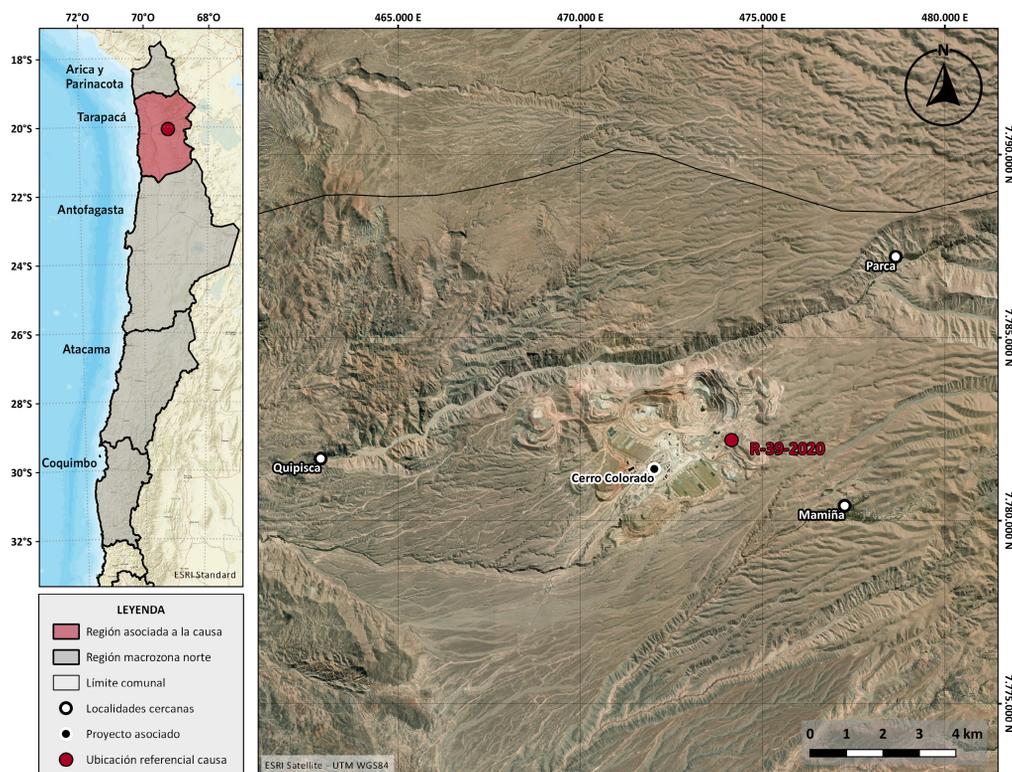
La asociación indígena reclamó en contra de la resolución de la Comisión de Evaluación que rechazó la solicitud de invalidación de la RCA del proyecto “Adecuaciones en depósitos de lastre, caminos internos y campamento”, del titular CMCC, ubicado en la comuna de Pozo Almonte, de la Región de Tarapacá.

La reclamante alegó una serie de deficiencias de la RCA que justificarían la invalidación de la autorización del proyecto. Entre los argumentos esenciales destacó la ausencia de una adecuada línea de base del medio humano, como consecuencia de la falta de un informe antropológico. A su vez, se indicó que el titular no descartó durante la evaluación ambiental los impactos que el proyecto provocaría sobre la salud de población, los recursos naturales renovables, y los sistemas de vida y costumbre de los grupos humanos. También, se alegó la infracción del deber de consulta indígena, y un eventual fraccionamiento y elusión del SEIA.

Por su parte, el SEA solicitó el rechazo de la acción interpuesta por estimar que la evaluación ambiental del proyecto se ajustó a derecho, habiéndose evaluado adecuadamente los impactos generados por el proyecto, no dándose los supuestos que justificaran la realización de una consulta indígena ni las hipótesis de fraccionamiento ni elusión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En la sentencia, el Tribunal acogió la reclamación de la asociación indígena, declarando la ilegalidad de la resolución que rechazó la solicitud de invalidación, y ordenando la nulidad de la RCA del proyecto en cuestión.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Controversias

- i. Si era necesario un informe antropológico para la línea de base de medio humano.
- ii. Si se descartaron adecuadamente los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300.
- iii. Si existió una omisión de la autoridad por no realizar las reuniones exigidas con grupos humanos pertenencias a pueblos indígenas (GHPPI), en particular, con la AIASIQ.
- iv. Si hubo un fraccionamiento y elusión del SEIA.
- v. Si se infringió el deber de consulta indígena conforme al Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo.
- vi. Si existió un actuar ilegal de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, de la Comisión de Evaluación Ambiental y del Servicio de Evaluación Ambiental.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la falta de un informe antropológico para una línea de base adecuada, se estableció que la caracterización realizada por el titular del proyecto del área de influencia fue más amplia que el concepto de “línea de base”, cuestión que se apreció de los antecedentes acompañados durante la evaluación ambiental, habiendo el SEA cumplido con el estándar exigido para dicho componente.

- ii. En cuanto a la justificación de la inexistencia de los impactos del artículo 11 de la Ley N° 19.300, específicamente, respecto al riesgo a la salud de la población por la calidad del aire, se estableció que no existe una certidumbre razonable que permita descartar fehacientemente la no afectación de la población por los componentes MP2,5, y MPS, y en el campamento por MP10.
- A su vez, en lo que se refiere a los efectos adversos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables por el drenaje ácido de roca, se indicó que, si bien la afectación por drenajes de aguas lluvia de botaderos son improbables, se cuenta con un Plan de Alerta Temprana de calidad de aguas subterránea para gestionar adecuadamente eventuales infiltraciones, siendo, en consecuencia, una materia debidamente abordada durante la evaluación ambiental.
- Respecto a la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbre, se sostuvo que existió una afectación directa por el MPS, en particular, respecto al depósito de dicho material en los suelos y plantas, cuestión que podría afectar la calidad y niveles de producción de los alimentos, y a través de ello, los sistemas de vida y costumbre de la AIASIQ.
- iii. En otro orden de ideas, los sentenciadores establecieron que existió una infracción a lo dispuesto en el artículo 86 del RSEIA, que establece la obligación de realizar reuniones con GHPPI, ya que la AIASIQ se encuentra ubicada en el área de influencia del proyecto, debiendo haberse dado cumplimiento a lo exigido en la norma.
- iv. Respecto al eventual fraccionamiento y elusión del proyecto, se resolvió que la asociación reclamante no logró presentar elementos sustantivos que evidenciaran ilegalidad en esta materia.
- v. En cuanto al cumplimiento del deber de consulta indígena, el Tribunal consideró que la susceptibilidad o probabilidad de afectación a la AIASIQ es de relevancia, ya que el proyecto y, en particular, el botadero de Lastre Oeste, se emplaza a escasos 4,5 km del sector de Sabaya en la quebrada de Quipisca, lugar donde comuneros de la asociación realizan sus actividades agropecuarias de subsistencia, artesanías, trashumancia local, turismo rural, entre otras propias de su cultura ancestral, cuestión vital para la subsistencia de los sistemas de vida y costumbre de dicho grupo humano indígena.
- En base a ello, y otras consideraciones, el Tribunal concluyó que era necesario la realización de un proceso de consulta indígena bajo los estándares del Convenio N° 169.
- vi. Finalmente, respecto el actuar de los determinados organismos de la Administración del Estado, se indicó que no se acompañaron antecedentes que justifiquen un actuar ilegal durante el proceso de evaluación ambiental, sin perjuicio de los errores advertidos en la misma sentencia.

6. Estado de la sentencia

Encontrándose pendiente de resolución de un recurso de casación en el fondo ante la Excm. Corte Suprema, con fecha 26 de octubre de 2021 la parte reclamante presentó el desistimiento de la reclamación, el cual fue aceptado por el Tribunal con fecha 4 de noviembre de la misma anualidad.

SENTENCIA

Antofagasta, doce de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Consta que la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca (“la reclamante”, “la asociación” o “AIASIQ”), RUT 65.955.090-3, representada por el abogado Sr. Lorenzo Soto Oyarzún, domiciliado para estos efectos en calle Los Chunchos 3225, población Las Dunas III, de la ciudad y comuna de Iquique, con fecha 14 de octubre de 2020, interpuso reclamación judicial ante esta magistratura.

La reclamación judicial fue interpuesta conforme al artículo 56 de la Ley N°20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”), y los artículos 17 N°3, 17 N°8, 18 N°3 y siguientes de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en contra de la Resolución Exenta N°20200110159 (“Res. Ex. N°20200110159” o “resolución reclamada”), que resuelve el proceso de invalidación administrativa de la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) de la Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) del proyecto “Adecuaciones en depósitos de lastre, caminos internos y campamento” (“Proyecto” o “Proyecto Adecuaciones”), del titular Compañía Minera Cerro Colorado Limitada (“CMCC”), dictada por el Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”) de la Región de Tarapacá, con fecha 31 de agosto de 2020, RUT 72.443.600-5, representada legalmente por su Director Ejecutivo Sr. Hernán Brücher Valenzuela, y consecuentemente la nulidad de la RCA N°11 de 6 de febrero de 2019 que aprobó el referido proyecto.

En conclusión, la parte reclamante solicita en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, acciéndolo en todas sus partes, declarando:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, la Res. Ex. N°20200110159 de fecha 31 de agosto de 2020, dejándolo sin efecto.
- b) Consecuentemente con lo anterior, ordenar la nulidad de la RCA N°11 de 6 de febrero de 2019 que aprobó el referido Proyecto.
- c) Que se condene en costas a la reclamada.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

El proyecto “Adecuaciones en depósitos de lastre, caminos internos y campamento”, como su nombre lo indica, consiste en la ejecución de adecuaciones a algunas operaciones e instalaciones del “Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado” (“Proyecto Continuidad Operacional”), del titular Compañía Minera Cerro Colorado, específicamente respecto de: (i) la depositación de lastre, (ii) el tratamiento de los caminos internos y (iii) la infraestructura del campamento; todos correspondientes a modificaciones de proyecto que se desarrollarán al interior de la faena de CMCC. Este proyecto es el que sería objeto de un procedimiento de invalidación respecto a su RCA, el cual sería resuelto posteriormente mediante la Res. Ex. N°20200110159, que es objeto de la presente reclamación.

El referido Proyecto Adecuaciones ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”), en virtud de la topología indicada en el artículo 10 letra i) de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente en virtud de que deberán someterse a evaluación ambiental “i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda”. De igual forma, tal como se indicará más adelante, debe tenerse en cuenta que el proyecto en comento es una modificación del Proyecto Continuidad Operacional, el que fue en su oportunidad sometido a Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) y resultó calificado favorablemente mediante Res. Ex. N°69 (“RCA N°69/2015”), de fecha 01 de octubre de 2015, de la Comisión de Evaluación Ambiental (“CEA”) de la Región de Tarapacá.

En cuanto a la faena minera CMCC, consta según lo informado, que las operaciones y procesos de ésta incluyen la explotación a rajo abierto de un yacimiento mineral de cobre, etapas de chancado, aglomeración y lixiviación del mineral en pilas dinámicas, y procesos de extracción por solventes (SX) y electro-obtención (EW). La faena

produce cátodos de cobre de alta pureza que son despachados en camiones al Puerto de Iquique. Esta faena está ubicada en la comuna de Pozo Almonte de la Región de Tarapacá, aproximadamente a 95 kilómetros al este de la ciudad de Iquique, y está en medio de las localidades de Mamiña, Parca, Iquiuca y Quipisca.

En cuanto a la calificación ambiental, el Proyecto Adecuaciones fue ingresado al SEIA a través de una DIA, siendo calificado como ambientalmente favorable a través de la Resolución Exenta N°11 (“RCA N°11/2019”), de 6 de febrero de 2019, de la Comisión de Evaluación de la Región de La Tarapacá.

Tal como se ha indicado anteriormente, el Proyecto Adecuaciones tiene como caso base el Proyecto Continuidad Operacional. Este último considera continuar con la operación de la faena minera CMCC hasta el año 2023, sin modificar el proceso y manteniendo el nivel de producción previamente autorizado.

Por otro lado, en cuanto al proceso de invalidación que da lugar a la resolución reclamada, consta que la solicitud de invalidación administrativa fue ingresada a la oficina de partes con fecha 27 de marzo de 2019, por la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca, representada por su presidenta doña Martina Mamani Paycho, en contra de la Resolución Exenta N°11, de 06 de febrero de 2019, de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá. En tal solicitud, en síntesis se sostiene lo siguiente: a) el Proyecto se ha aprobado sin contar con una línea de base fundada en un informe antropológico, b) el SEA ha omitido realizar un proceso de consulta indígena, c) la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (“CONADI”) ha prestado su conformidad con el Proyecto de forma arbitraria, ilegal y sin fundamento, d) cuestionamientos sobre que no se hayan realizado reuniones con la AIASIQ, en el marco de la obligación establecida en el artículo 86 del RSEIA, e) argumentos en razón de la falta de información sobre la AIASIQ, que no se ha podido descartar la existencia de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300, por lo cual, el Proyecto debió ser rechazado o ingresar mediante un EIA, y f) el Proyecto constituye una modificación ilegal del Proyecto Continuidad Operacional, configurándose con ello la hipótesis de elusión del artículo 11 bis de la Ley N°19.300.

Posteriormente, la Comisión de Evaluación de Tarapacá rechazó la Solicitud de Invalidación a través de la Resolución Exenta N°20200110159 de 31 de agosto de 2020.

A raíz de ello, la reclamante interpuso el reclamo de autos ante esta magistratura.

II. Antecedentes del proceso judicial de la reclamación

En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, se interpone la reclamación judicial interpuesta ante esta magistratura, por parte de la reclamante AIASIQ.

En el primer otrosí de su presentación, la reclamante acompañó los siguientes documentos:

- a) Mandado judicial y especial, con firma electrónica avanzada, conferido por la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca a Lorenzo Soto Oyarzún y otro, de fecha 20 de diciembre de 2016.
- b) Copia, con firma electrónica avanzada, de Resolución Exenta N°20200110159 (SEA) de fecha 31 de agosto de 2020.
- c) Copia simple de RCA N° 11, de 6 de febrero de 2019 (CEA Tarapacá).
- d) Copia simple de Plan Director Área de Desarrollo Indígena Jiwaso Oraje.

A fs. 188, el Tribunal admitió a trámite la reclamación.

A fs. 202 y siguientes, el SEA evacua informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación, declarando que la Resolución Exenta N°20200110159 de fecha 31 de agosto de 2020 del SEA es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

- a) Copia digital del expediente administrativo que concluye con la dictación de Res. Ex N°11 de 6 de febrero de 2019 (SEA Tarapacá).
- b) Copia digital del expediente administrativo del procedimiento de invalidación de la RCA N°11/2019, que concluye con dictación de la Res. Ex N°20200110159 de 14 de septiembre del 2020 (SEA Tarapacá).

- c) Certificados de Autenticidad de los expedientes administrativos individualizados precedentemente, firmados digitalmente por el Director del SEA Tarapacá.

A fs. 1898, comparece la Compañía Minera Cerro Colorado Ltda., RUT 94.621.000-5, representada en estos autos por el abogado José Luis Fuenzalida, solicitando se le tenga por Tercero Independiente o, en subsidio, como Coadyuvante de la reclamada, en virtud de lo establecido en el artículo 18 inciso final de la Ley 20.600, en relación con lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Acompaña en la misma presentación, mandato judicial con firma electrónica avanzada.

A fs. 1906, el Tribunal resolvió en cuanto a la reclamada tener por evacuado el informe requerido y por acompañados los documentos; y en cuanto a presentación de la CCMC, se le tuvo por Tercero Coadyuvante de la reclamada y por acompañado su documento.

A fs. 1907, el Sr. Relator de la causa certificó que, de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 1908, el Tribunal, atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa para el día 27 de noviembre de 2020.

A fs. 1910, el Tercero Coadyuvante se anuncia para alegar, lo que se tiene presente a fs. 1911; a fs. 1912 se anuncia la reclamante, lo que se tiene presente a fs. 1913; y, a fs. 1914, se anuncia la reclamada (SEA), lo que se tiene presente a fs. 2080.

A fs. 1915 y siguientes, el Tercero Coadyuvante solicita tener presente al resolver sus consideraciones de hecho y de derecho sobre la controversia de autos, y acompaña los siguientes documentos:

- a) Copia simple de Minuta Técnica “Respuestas a Observaciones a la DIA de CMCC aprobada por RCA 11/19”, emitido por particular Geoaire;
- b) Copia simple de documento “Medios de verificación otras organizaciones convocadas” ANEXOS INFORME FINAL DEL PROCESO DE CONSULTA INDÍGENA, PROCESO DE CONSULTA INDÍGENA EIA PROYECTO “CONTINUIDAD OPERACIONAL CERRO COLORADO”– Anexo 8.1.1 Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca (AIASIQ);
- c) Copia simple de Informe “Apreciación Técnica de Medio Humano Declaración de Impacto Ambiental Proyecto “Adecuaciones en depósitos de lastre, caminos internos y campamento”, de Compañía Minera Cerro Colorado”, del particular GISOC.

A fs. 2080, el Tribunal resolvió tener presente anuncios de la reclamada, y tuvo presente la solicitud de fs. 1915 del Tercero Coadyuvante (CMCC) y por acompañados los documentos con citación de la contraria.

A fs. 2081 y siguientes, la reclamante solicita tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Copia simple de Dictamen, de la Contraloría General de la República, N°4.000 de 15 de enero de 2016;
- b) Copia simple de documento “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículo 11 de la Ley N°19.300 letra a), Riesgo para la salud de la población”, del SEA. A fs. 2139, el Tribunal los tuvo por acompañados con citación.

A fs. 2140, consta que este Tribunal se constituyó el día 27 de noviembre de 2020 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa Rol R-39-2020 caratulada “Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental”.

A fs. 2141, se dejó constancia de la audiencia realizada y de los alegatos realizados: por la reclamante, Sr. Lorenzo Soto Oyarzun; por la parte reclamada, Camila Palacios Ryan; y por el tercero coadyuvante, el Sr. José Fuenzalida Rodríguez.

A fs. 2142, se certifica que la causa queda en estudio ante el Primer Tribunal de Ambiental.

A fs. 2143 y siguientes, el Tribunal decreta como medida para mejor resolver la inspección personal del Tribunal a la zona de emplazamiento y área de influencia del proyecto minero para el día 14 de enero de 2021. Posteriormente, a fs. 2149 y siguientes, se dicta resolución complementaria en el marco de la visita inspectiva decretada, indicándose detalle de la diligencia judicial a efectuarse los días 13 y 14 de enero de 2021.

A fs. 2161 y siguientes, la reclamada cumple lo ordenado por este Tribunal en el marco de la inspección personal realizada, acompañando los siguientes documentos:

- a) Copia simple de documento Guía de Evaluación de Impacto Ambiental, artículo 11 letra a) de la Ley N°19.300 “Riesgo para la Salud de la Población” (2012);
- b) Copia simple de documento Guía para la descripción del área de influencia “Calidad del aire en el área de influencia de proyectos que ingresan al SEIA” (2015);
- c) Copia simple de documento “Guía para el uso de modelos de calidad del aire en el SEIA” (2012).

A fs. 2358, el Tribunal resuelve tener presente lo indicado y por acompañados los documentos con citación.

A fs. 2359 y siguientes, el Tercero Coadyuvante (CMCC) cumple lo ordenado por este Tribunal en el marco de la inspección personal realizada, acompañando con citación minuta técnica integrada por sus respectivos anexos; letras A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L y LL. En el mismo sentido, a fs. 2382 y siguientes, complementa la presentación anterior, acompañando nuevamente la referida minuta y sus anexos en formato PDF. A fs. 10362 el Tribunal resuelve las presentaciones, teniendo por acompañados los documentos con citación.

A fs. 10363 y siguientes, consta Acta de Inspección Personal decretada en autos.

A fs. 10404, consta certificación del Sr. Relator de que la causa se encuentra en estado de acuerdo.

A fs. 10405, se designa como redactor de la sentencia al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado como hechos controvertidos de la causa los siguientes:

1. En cuanto a una supuesta ausencia de Línea de Base por falta de informe antropológico.
2. En relación a una supuesta ausencia de descarte y de evaluación de impactos.
 - 2.1 En cuanto al riesgo de la salud de la población por la calidad del aire.
 - 2.2 En cuanto a los efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables por el drenaje ácido de roca.
 - 2.3 En cuanto al medio humano, en especial respecto a la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.
3. En cuanto a la infracción al art. 86 RSEIA al omitirse reunión del SEA con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, en particular la AIASIQ.
4. En cuanto al supuesto fraccionamiento y elusión del SEIA.
5. En cuanto a la supuesta infracción al deber de Consulta Indígena conforme al Convenio 169 OIT.
6. En relación a una supuesta ilegal actuación de CONADI, de la Comisión de la Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá y del SEA durante el proceso de evaluación ambiental.

1. En cuanto a una supuesta ausencia de Línea de Base por falta de informe antropológico

Segundo. Que, según la reclamante, la Resolución impugnada omite la inexistencia de un informe antropológico que dé cuenta completa y pormenorizadamente de los Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas (“GHPPI”) de Quipisca entre los que se cuenta la AIASIQ la que nunca fue objeto de entrevista, reunión y menos de un estudio antropológico que la considerara.

Tercero. Que, de acuerdo al SEA, es posible apreciar que la reclamante incurre en una confusión, toda vez que la línea de base que debe describir en detalle el área de influencia del proyecto forma parte de los contenidos mínimos de los Estudios de Impacto Ambiental, y que se encuentra regulado en el artículo 18, letra e) del Reglamento del SEIA (“RSEIA”), tal como indica el reclamante.

Cuarto. Continúa indicando el SEA que el artículo 19 del RSEIA no incluye la descripción de una línea de base como parte del contenido mínimo de una DIA, sino que sobre la materia exige únicamente que se presenten los antecedentes que justifican la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, y en caso que el proyecto se emplace en o en las cercanías de tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o pueblos indígenas, la DIA debe contener los antecedentes que justifiquen la inexistencia de susceptibilidad de afectación a dichos pueblos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad. En este sentido, es posible concluir que no existe la obligación de presentar una línea de base antropológica en las DIA.

Quinto. Para abordar esta controversia se debe atender lo dispuesto en el artículo 12 bis de la Ley 19.300, como las materias consideradas, y si en su estructuración se comprende el requerimiento de una línea base, como su asociación a la componente antropológica, la cual señala que:

Las Declaraciones de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias: a) Una descripción del proyecto o actividad; b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental; c) La indicación normativa ambiental aplicable, y la forma en la que se cumplirá, y d) La indicación de los permisos ambientales sectoriales aplicables, y los antecedentes asociados a los requisitos y exigencias para el respectivo pronunciamiento.

Sexto. A su vez, el artículo 19 del DS N°40/2012, que establece el Reglamento del SEIA (“DS 40” o “RSEIA”), entre otros antecedentes, mandata que:

Las Declaraciones de Impacto Ambiental deberán presentarse bajo la forma de una declaración jurada, en la cual se expresará que se cumple con la legislación ambiental vigente, acompañando todos los antecedentes que permitan al órgano competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes. Además de lo señalado en el Párrafo 1° del Título III del presente Reglamento, las Declaraciones de Impacto Ambiental deberán contener, a lo menos, lo siguiente:

- a) Una descripción del proyecto o actividad (...);
- b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental”.
- c) El plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable (...);
- d) La descripción del contenido de aquellos compromisos ambientales voluntarios, no exigidos por la legislación vigente, que el titular del proyecto o actividad contemple realizar, con la indicación precisa del lugar y momento en que se verificarán, así como los indicadores de cumplimiento, si corresponde. Entre dichos compromisos, se podrá considerar los que se hacen cargo de los impactos no significativos y los asociados a verificar que no se generan impactos significativos.

Séptimo. Del citado literal b) se destacan los siguientes: “b.4. Las emisiones del proyecto o actividad (...)” y el b.6. que establece que “En caso que el proyecto o actividad se emplace en, o en las cercanías de tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o pueblos indígenas, la Declaración de Impacto Ambiental deberá contener los antecedentes que justifiquen la inexistencia de susceptibilidad de afectación a dichos pueblos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad.”

Octavo. Sobre este punto, la jurisprudencia ha sido conteste en no exigir una descripción detallada del área de influencia en las DIA. En efecto, en la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-147-2017, señaló lo siguiente: “Trigésimo octavo: (...) cabe tener presente que una descripción detallada del área de influencia (línea de base) se exige únicamente en los EIA, y sólo respecto de aquellos elementos que dan origen a la necesidad de presentar dicho estudio en los términos establecidos en el literal e) del artículo 18 del Reglamento del SEIA. En este contexto, no consta en los pronunciamientos de los OAECA que participaron en el proceso, la exigencia de un requerimiento detallado del área de influencia, más allá del uso inadecuado que realiza la Seremi de Desarrollo Social sobre el término 'línea de base'”.

Noveno. Por su parte, la doctrina también sustenta lo señalado por los tribunales, al exigir un mayor detalle y profundidad de la línea base en los EIA. En este sentido, el profesor Eduardo Astorga Jorquera, en su libro “Derecho Ambiental Chileno. Parte General”, pág. 234. (2017) indica “(...) resulta claro que el Reglamento exige un mayor detalle en la descripción de la línea base, en componentes como el uso del territorio, ecosistema terrestre, acuático, etc., y resulta más estricto en la descripción de todas las etapas del proyecto y sus ingenierías, en particular en la fase de cierre”.

Décimo. Que, como se observa, la normativa en esta materia no exige para las Declaraciones de Impacto Ambiental la elaboración de una Línea de Base, lo cual es materia de un Estudio de Impacto Ambiental, según el artículo 12 literal b) de la ley 19.300, como del artículo 18 literal e) del RSEIA y en ella un informe antropológico.

Undécimo. Pese a lo anterior, es relevante tener presente el artículo 12 bis de la Ley 19.300 y el art. 19 del DS 40; y de igual manera las guías sobre el área de influencia en el SEIA, como la “Guía Área de Influencia de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en el SEIA” y su relación al abordaje de los GHPI en el SEIA.

Duodécimo. Que, de la revisión del expediente administrativo y de los antecedentes del expediente judicial, se advierte que el SEA ha realizado un análisis en materia de definición y caracterización del área de influencia, más allá que el concepto “Línea de base” del proyecto no corresponda a una DIA, incorporando en su revisión los antecedentes del Anexo I sobre “Caracterización Medio Humano”, donde el titular incluye dentro del área de influencia a los grupos humanos de Mamiña, Parca, Quipisca e Iquiuca, y donde se hace expresa referencia a la AIASIQ; cumpliendo con lo exigido en la ley y las guías que orientan en esta materia, para el debido análisis de la componente antropológica en relación a los GHPI en el SEIA.

Decimotercero. De lo anteriormente analizado, el reclamante no logra desvirtuar o evidenciar la ilegalidad de este proceso sobre la supuesta ausencia de Línea de Base por falta de un informe antropológico, por lo anterior, estos sentenciadores son de la opinión que el SEA cumplió en esta materia el estándar exigido para dicha componente.

Decimocuarto. Que, en mérito de lo razonado anteriormente, esta alegación será rechazada por estos sentenciadores, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva.

2. En relación a una supuesta ausencia de descarte y de evaluación de impactos

Decimoquinto. Que, para abordar esta controversia, el Tribunal lo analizará en 3 subpuntos.

2.1 En cuanto al riesgo de la salud de la población por la calidad del aire

Decimosexto. Que, sobre este punto, la reclamante señala que el modelo utilizado por la CMCC para evaluar el impacto sobre la calidad del aire en Quipisca adolece de los siguientes defectos:

- Utiliza variables climatológicas inadecuadas. Se utilizan, para ejecutar el modelo, variables meteorológicas de la denominada “Estación Campamento” y no se consideró que el lugar donde se pretende emplazar las nuevas obras está a 770 m de altitud de diferencia con Quipisca. Lo que ocurre, a su juicio, es que se produce un flujo de aire desde las zonas altas a las zonas bajas, situación que el modelo no habría considerado.
- El Anexo D de la DIA, sobre Calidad de Aire, punto 6.5, sobre “Resultados de la modelación de calidad del aire en las localidades” reconoce expresamente que las mayores concentraciones de MP10 y MP2,5 se observan en la localidad de Quipisca. Luego, al referirse al Material Particulado Sedimentable (“MPS”), omite el análisis a este respecto de Quipisca. Sin embargo, se incluye la tasa de depositación en el sector de Cerro Negro, donde se excede la norma secundaria de calidad del aire, DS 4/1992 del Ministerio de Agricultura, lugar que queda en la misma dirección de Quipisca.
- En la respuesta N°6 de la Adenda Complementaria se indica que la “tasa de sedimentación total medida en el sector de Parca es de 160 mg/m2día, reflejando el aporte de toda la faena minera, el nivel de fondo y lo que emiten terceros”, y se agrega que “Este nivel es inferior a la norma de referencia de 200 mg/m2día”, utilizándose al efecto la norma de referencia de la Confederación Suiza. Esta norma, a juicio de la reclamante, conforme al art. 11 del RSEIA no sería aceptable porque no tiene similitud con el desierto de Atacama.

Decimoséptimo. Que, respecto a que se violarían las normas expresas del derecho público y que la DIA y sus adendas no han descartado el riesgo a la salud de la población, señala la reclamante que la situación fue denunciada en forma reiterada por la SEREMI de Salud en sus ordinarios: Ord. N°768, de 16 de mayo de 2018, cuando se pronuncia en la DIA; Ord. N° 1538, de 20 de septiembre de 2018; y Ord. N°04, de 2 de enero de 2019, cuando se pronuncia en la Adenda Complementaria. Este último indica que “La adecuación propuesta para el campamento, no exime en modo alguno al titular del cumplimiento de la normativa ambiental vigente”. A su juicio, entonces, la RCA 11/2019 no cumpliría con la normativa de calidad ambiental en materia de MP10.

Decimoctavo. Que, por su parte, el reclamado afirma que para efectos de determinar si las emisiones de un proyecto pueden generar un riesgo para la salud de la población se debe, en primer lugar, caracterizar el área de influencia de manera de delimitar la causalidad que tenga el proyecto respecto al riesgo que pudiese generar o presentar para la salud de la población. Una vez definida la situación base previa a la ejecución del proyecto, se deberán caracterizar todos los efluentes, emisiones y residuos asociados al proyecto. Finalmente, una vez que se cuenta con la línea de base para los distintos contaminantes y se conocen las emisiones que generará el proyecto, el paso siguiente es modelar la dispersión de las emisiones generadas, lo que permite predecir el aporte de las emisiones en localidades y sectores aledaños al proyecto para, en definitiva, descartar que se generen efectos significativos.

Decimonoveno. Asimismo, respecto a la caracterización del área de influencia, el SEA señala que el área de influencia de calidad del aire se extiende en un radio de aproximadamente 10 km del Proyecto. Dentro de esta área existen cuatro asentamientos humanos de comunidades pertenecientes a pueblos indígenas: Mamiña, Parca, Quipisca e Iquiuca. Luego, indica que en las cuatro localidades los niveles de MP10 y MP2,5 están por debajo de los límites de las respectivas normas primarias, reflejando condiciones de calidad del aire que no generan riesgo para la salud de la población, donde dichos valores incluyen los aportes que genera la operación actual de la faena minera.

Vigésimo. Agrega el SEA que resulta de toda lógica que se analice la variable meteorológica en la estación Campamento -que es la estación más cercana al Proyecto-, ya que en la modelación de la dispersión de emisiones lo relevante es identificar cómo se mueve la pluma de contaminantes desde el Proyecto hacia las localidades cercanas, y no desde las localidades hacia el Proyecto. Así, el inventario de emisiones se realizó en consideración al escenario más desfavorable, ya que no sólo se consideran las obras, partes y acciones del Proyecto, sino que las emisiones de toda la faena minera operando.

Vigésimo primero. De esta manera, si bien es efectivo que las mayores concentraciones de MP10 y MP2,5 se obtienen en el monitor ubicado en Quipisca, ello no significa que las emisiones del Proyecto generen un riesgo sobre la salud de la población que habita en dicha localidad, puesto que los valores distan de superar aquellos establecidos en las normas de calidad primaria de estos componentes, señala la parte reclamada.

Vigésimo segundo. Que, para abordar esta sub alegación específica referida a la correcta evaluación de las emisiones atmosféricas y, con ello, el riesgo a la salud de la población por la calidad del aire, para este Tribunal es necesario revisar el proceso de evaluación ambiental y la normativa aplicable, así como la doctrina y jurisprudencia correspondiente.

Vigésimo tercero. Al respecto, la Ley 19.300 señala en su artículo 10 que los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, deberán someterse al SEIA. En este orden de ideas, los proyectos o actividades enumerados en el ya citado artículo requerirán de la presentación de un EIA si generan o presentan, a lo menos, uno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11. En particular, el literal a) considera el riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de los efluentes, emisiones o residuos.

Vigésimo cuarto. El detalle de lo anterior lo contempla el artículo 5 literal a) del DS 40 referido al riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos. Además, las guías del SEA “Guía de Calidad del aire en el área de influencia de proyectos que ingresan al SEIA” (2015), “Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA” (2012) y “Guía para la Evaluación del Riesgo para la Salud de la Población en el SEIA” (2012) entregan lineamientos respecto a los contenidos a considerar en la descripción de la calidad del aire del área de influencia de un proyecto o actividad que se presenta al SEIA, del uso y aplicaciones de modelos de calidad del aire y de la evaluación de riesgos previo a su ejecución, con el objeto de evaluar el impacto de las emisiones atmosféricas sobre el componente aire y el consecuente riesgo a la salud de población.

Vigésimo quinto. De esta manera, con los antecedentes aportados por las partes principales y tercero en la reclamación judicial, así como los tenidos a la vista en la reclamación administrativa, la medida para mejor resolver de inspección personal de fecha 14 y 15 de enero de 2021 realizada por este Tribunal a la zona del proyecto y al área de influencia donde se ubican las comunidades asociadas GHPPI, se procederá a analizar en detalle las cuestiones de fondo referidas al adecuado descarte de la generación de riesgo para la salud de la población en términos de lo establecido en el artículo 5 del DS 40 y el artículo 11 literal a) de la Ley 19.300.

Vigésimo sexto. No obstante lo anterior, el análisis de calidad del aire asociado a la componente MPS se abordará con mayor detalle en la controversia asociada a medio humano y sistemas de vida y costumbres.

Vigésimo séptimo. En primer lugar, este Tribunal analiza si la evaluación de las emisiones atmosféricas fue realizada correctamente, en cumplimiento con la normativa vigente y los propios lineamientos establecidos por el SEA, revisando los aspectos esenciales en la evaluación.

Vigésimo octavo. Durante la evaluación ambiental, el titular presentó las modelaciones de calidad del aire en el Anexo D de la DIA, cuyas correcciones fueron abordadas en Adenda (Adenda 1) y Adenda complementaria (Adenda 2).

Vigésimo noveno. Respecto del área de influencia de calidad del aire y su caracterización, se evidencia que el criterio utilizado fue un área de 20 x 20 km alrededor del proyecto, que incluye todas las comunidades que forman parte del área de influencia de medio humano. Esta forma de determinar un área de influencia de un proyecto no es acorde a lo que el mismo SEA señala en otras instancias, puesto que, a su juicio “los límites de las áreas de influencia están dados por las alteraciones en el medio ambiente producidas por el proyecto o actividad, es decir, el límite de las áreas de influencia van desde el punto o área de ubicación de los factores del proyecto, hasta el extremo del área donde ya no es posible detectar la alteración”¹. Es decir, la alteración al medio determina el límite del área de influencia y no un límite administrativo, un radio o la presencia de un posible receptor.

Trigésimo. En ese sentido, si bien el criterio utilizado no fue el adecuado para la alteración a la calidad del aire, el área determinada para sí incluirla, en la práctica, el área de alteración por emisiones del proyecto.

Trigésimo primero. Respecto de la caracterización de las emisiones atmosféricas del proyecto, se analizan los diversos documentos de la evaluación ambiental, como la descripción de la línea base de referencia del Anexo D, las modelaciones, las estimaciones de emisiones y los resultados obtenidos para determinar si fueron acordes a la normativa vigente.

Trigésimo segundo. De la información de calidad del aire en el área de influencia presentada en evaluación ambiental se desprende lo siguiente:

- a) Línea base. El informe presentado por la empresa en la DIA (Anexo D – Calidad del aire) presenta un capítulo de línea base. En este se incluye la información de estaciones de calidad del aire, del clima e información meteorológica y de monitoreo de calidad del aire. No obstante, se omite la información de ubicación y del periodo de medición de las estaciones de MPS de Parca, Mamiña y Cerro Negro, que serán referidas en los resultados del mismo informe y en adendas.

A su vez, solo se revisa la meteorología de la estación Campamento y no del resto del área de influencia, pese a que existen datos de varios años en las estaciones de Parca y Mamiña, y de algunos meses, en Iquiua y Quipisca; localidades que, si bien están relativamente cercanas, no presentan las mismas condiciones meteorológicas, como se desprende de los informes del Anexo C – Recopilación de informes enviados a SMA, MP10 y MPS (fs. 2406 y siguientes).

- b) Inventario de emisiones. Si bien se exponen las ecuaciones de los factores de emisión, sus referencias, los niveles de actividad y algunos parámetros relevantes asociados, no se presenta toda la información necesaria para poder replicar los resultados y poder hacer una adecuada revisión de los valores estimados.

Ejemplo de la situación anterior es la erosión eólica. En el informe se indica la ecuación del factor de emisión (tomada del documento de la EPA AP-42, Capítulo 13, 13.2.5 *Industrial Wind Erosion*), que incluye el factor del tamaño de partícula (k) y el potencial de erosión (Pi). Luego, se indican los niveles de actividad en términos de área erosionada al día, para botaderos, stocks y planta de chancado y, finalmente, se entregan los resultados de las emisiones. Sin embargo, de acuerdo a la referencia utilizada en el informe, el Pi corresponde a “la milla más rápida de viento para el periodo (i)ésimo entre perturbaciones g/m²”, parámetro que depende del número de perturbaciones en un periodo conocido, la velocidad de fricción, el umbral de velocidad de fricción, las características de los depósitos erosionables, las áreas erosionables; siendo toda esta información necesaria y que

¹ Curso SEA “Áreas de influencia en el SEIA” (2021) en base a la “Guía sobre el Área de Influencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (SEA, 2017).

debe ser calculada, estimada o asumida para obtener los resultados de emisiones. Lo anterior no es referido, ni citado, ni explicado en ninguna parte del informe. Solo se indica, respecto de parte de la información que sí fue expuesta, que habría sido obtenida de “información proporcionada por CMCC”, de la cual no se cita anexo o documento alguno.

- c) Modelación de calidad del aire. Al respecto, no se entrega información básica del modelo meteorológico de pronóstico WRF (*Weather Research and Forecasting*) utilizado. En particular, no se presenta la información de la resolución espacial utilizada, el año y periodo de simulación, las condiciones de borde, tampoco la versión del modelo ni el modelo de la topografía utilizado, etc.

En esa misma línea, no se indica en qué punto se hace la comparación de valores observados y modelados. Además, cuando se analiza la bondad del modelo, se indica que algunas variables sobrestiman los resultados, pero que los estadígrafos *bias* (sesgo) y IOA (índice de ajuste) estarían en el rango aceptable. Sin embargo, de la tabla presentada (Tabla VI.2), justamente la rapidez del viento (*Wind S*) no cumple con los rangos *target*, puesto que se indica un valor de *bias* de 1,64 y un rango *target_bias* de $\pm 0,5$, lo que indicaría que el valor 1,64 estaría fuera del rango expuesto (entre -0,5 y +0,5), que es lo contrario a lo indicado en el informe. Por otro lado, no se incluyen el coeficiente de correlación y el error cuadrático medio, que la guía del SEA solicita como mínimo en esta sección.

- d) Análisis de incertidumbre. En éste solo se analiza el modelo respecto a la estación Campamento y no se incluye un análisis en las localidades del resto del área de influencia, existiendo información disponible para ello.
- e) Resultados de emisiones. Se presentan resultados de emisiones de MP10 y MP2,5 para Campamento, Mamiña, Parca, Iquiuca y Quipisca, y de MPS para Mamiña, Parca y Cerro Negro; y una evaluación del impacto del nuevo proyecto en la calidad del aire para MP10 en las mismas localidades, salvo en Cerro Negro. Aquí se descuenta a la línea de base medida la contribución vigente de CMCC y luego se adicionan los aportes modelados para el Proyecto Adecuaciones. Se presentan líneas de base modificadas para Campamento, Mamiña y Parca según métrica trianual, y para Quipisca e Iquiuca se descuenta la contribución real de CMCC para el año 2016. Todo anterior se enuncia, pero no se explica ni respalda de manera adecuada.
- f) Información de sustento al informe. El Anexo D fue presentado sin documentos anexos, ni apéndices, ni bases de datos (salvo informe de mediciones de eficiencia de humectación de caminos y tratamiento con bischofita). En particular, no se incluyen aquellos respaldos solicitados por la guía del SEA referida, en el capítulo “Bases de datos y archivos de modelación”, donde se indica que “Los resultados de la modelación deben venir acompañados de la base de datos respectiva en formato digital. Con el fin de verificar la correcta implementación de un modelo, se deben presentar en dispositivos digitales todos los archivos de entrada y de salida, incluyendo los datos meteorológicos, de terreno y otros que hayan sido incorporados en el sistema de modelación cualquiera que éste sea. (...)”. De igual forma, no se adjunta la información que habría entregado la empresa para la estimación de emisiones, que sustentaría los cálculos y estimaciones presentadas, así como tampoco los estudios que habrían sido realizados para estimar parámetros como el contenido de humedad del material o el porcentaje de finos, entre otros.
- g) En adendas se hace alusión principalmente a la variable MPS, sin cambios respecto a lo aludido en los puntos anteriores.

Trigésimo tercero. De todo lo expuesto, se observan una serie de deficiencias que no fueron advertidas correctamente ni mejoradas en el proceso de evaluación ambiental, ni tampoco tras el recurso administrativo, el cual fue rechazado.

Trigésimo cuarto. Respecto del capítulo denominado por la misma empresa como línea base, del estudio de calidad del aire, a juicio de este Tribunal, este debía incluir el análisis de las condiciones meteorológicas de las localidades del área de influencia que, si bien son datos locales que no son usados en la modelación meteorológica misma, es información que permite analizar la incertidumbre del modelo meteorológico de pronóstico y, con ello, del modelo de dispersión de contaminantes. En esa línea, si bien los puntos más relevantes son los asociados al origen de las emisiones, toda el área modelada puede ser analizada respecto de la incertidumbre. Es más, la “Guía para el Uso de Modelos de Calidad del Aire en el SEIA” (SEA, 2015), en el capítulo “Análisis de incertidumbre”, sección “Meteorología en superficie”, indica que “se debe considerar toda la información disponible para el análisis. Este análisis debe ser completo, riguroso y objetivo”. Asimismo, se establece que

“el análisis de incertidumbre debe centrarse en el análisis de los errores de la meteorología tanto en superficie como en altura”. Entonces, al no presentarse datos en altura ni análisis de incertidumbre con este tipo de datos, la completa y correcta evaluación en superficie se vuelve más necesaria aún.

Trigésimo quinto. Lo anterior se vuelve más relevante en el área de influencia de este proyecto en particular, puesto que resulta necesario analizar la información meteorológica de las quebradas Parca y Quipisca, dado que son rasgos geomorfológicos de primer orden, por lo que se debe verificar la incertidumbre del comportamiento del viento modelado también en esa zona, dado que podría representarse de manera diferente a la zona alta donde se encuentra el Proyecto. Esto permitiría, en caso de advertirse diferencias o deficiencias importantes, tomar decisiones como, por ejemplo, mejorar la resolución del modelo meteorológico de pronóstico o realizar mejores correcciones de incertidumbre. Sin embargo, al ni siquiera especificarse la información básica del modelo meteorológico de pronóstico utilizado, ningún análisis de incertidumbre podría ser suficiente.

Trigésimo sexto. Respecto de la información incorporada en adendas, las respuestas entregadas, a juicio de estos sentenciadores, no resultan suficientes para hacerse cargo de las deficiencias previamente descritas, ni tampoco la información presentada en el ICE o RCA respectiva.

Trigésimo séptimo. De todo lo anterior, se evidencia que existen deficiencias en la información de calidad del aire evaluada. Si bien la información medida respecto de MP10 permite obtener una referencia de lo que se espera con las adecuaciones del proyecto, en ningún caso permite hacer una modelación de dispersión de calidad de aire con tales insuficiencias, puesto que no permite tener resultados replicables y confiables. A su vez, la información de MP2,5 no existe para todas las localidades, por lo que las modelaciones resultan una herramienta importante que debe ser bien abordada.

Trigésimo octavo. Por su parte, para este Tribunal, la componente MPS también tiene que ser analizada a la luz de un potencial impacto a la salud de la población, tema sensible para los habitantes del sector donde se ubica la AIASIQ, en particular respecto a su depósito en los suelos y plantas, que podría afectar la calidad de los alimentos de la misma población. En opinión de estos sentenciadores, también existe una incerteza en el riesgo de afectación a la salud por MPS, el cual no fue correctamente evaluado, como se abordará con más detalle en la sub alegación del punto 2.3 de esta sentencia.

Trigésimo noveno. Respecto a la norma primaria de calidad del aire para MP10 en estación Campamento, estos sentenciadores son de la opinión que, tal como sostuvo la SEREMI de Salud en la evaluación ambiental del Proyecto, la adecuación propuesta para el campamento no exime en modo alguno al titular del cumplimiento de la normativa ambiental vigente. En efecto, el cumplimiento de la norma primaria de calidad del aire para MP10, y en especial el valor anual de $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$, no se cumple en todas las estaciones que caracterizan los impactos del Proyecto. Cabe tener presente que el cumplimiento de una norma de calidad del aire, según la Ley 19.300, rige para todo el territorio del país y, por lo tanto, corresponde a un estándar de calidad que el Estado debe asegurar que se cumpla en todo momento y lugar.

Cuadragésimo. De esta manera, a juicio de este Tribunal, no existe evidencia suficiente y razonable para justificar que el proyecto descarte la generación de efectos, características y circunstancias del artículo 11 literal a) de la Ley 19.300 y del artículo 5° literal a) del DS 40.

Cuadragésimo primero. Dado lo analizado en los puntos precedentes, estos sentenciadores estiman que, de los antecedentes tenidos a la vista, del expediente administrativo y judicial, incluyendo la inspección personal del Tribunal, no existe certidumbre razonable que permita descartar fehacientemente la no afectación de la población por las componentes MP2,5 y MPS, y en estación Campamento por MP10, por lo que este Tribunal acogerá la alegación planteada por el actor en estos autos.

2.2 En cuanto a los efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables por el drenaje ácido de roca

Cuadragésimo segundo. De acuerdo con la reclamante, la resolución reclamada reconoce la emisión o generación de material particulado en las inmediaciones de la mina, ruido y la modificación de depósitos de lastre cercana a la Localidad de Quipisca, que generan drenajes ácidos de roca que contaminan las aguas abajo de la mina en la que se encuentra emplazada, y no logra justificar cómo esas emisiones y generación de contaminantes no afectarán a los GHPI de Quipisca.

Cuadragésimo tercero. Esta señala que la ampliación de los depósitos de lastre, especialmente por la ampliación de la capacidad del botadero de Lastre Sur, afectará el suelo y generará drenajes ácidos de roca que continuarán

contaminando las napas y las aguas de las quebradas que alimentan las actividades agrícolas de la comunidad aguas abajo.

Cuadragésimo cuarto. En contrario, el SEA indica que las obras del Proyecto Adecuaciones no incorporan modificaciones en materia de recursos hídricos, puesto que se mantiene la cantidad de agua que ha sido autorizada a extraer en la RCA N°69. Sin perjuicio de ello, durante la evaluación se analizaron los posibles impactos sobre el recurso hídrico, concluyéndose que, en términos de cantidad y/o calidad de aguas superficiales y subterráneas, el proyecto no incrementa la tasa de extracción o procesamiento de mineral, por lo cual no posee una demanda hídrica adicional.

Cuadragésimo quinto. Por último, la parte reclamada indica que la modificación del depósito de lastre no implica aumentar la cantidad depositada, sino que únicamente una redistribución espacial de un material, con bajo contenido de humedad y alta capacidad de retención de lluvias, de modo que tampoco constituye un aspecto que pueda modificar la cantidad o calidad del agua respecto del caso base, toda vez que el potencial drenaje ácido es poco significativo.

Cuadragésimo sexto. Que, de la revisión y análisis del expediente judicial y administrativo, se evidencia que la materia asociada a la potencial generación de drenaje ácido de roca que podría alterar la calidad de aguas subterráneas es debidamente abordada en la respuesta N°8 de la Adenda 1 del proceso de evaluación, la que considera análisis de aguas de contacto y no contacto.

Cuadragésimo séptimo. Respecto del abordaje de las aguas de no contacto, se evidencia que los sectores de ampliación de botadero y acopios se ubican aguas abajo de las obras de manejo de aguas de no contacto aprobadas en la RCA N°69, lo que implica que el Proyecto Adecuaciones no recibirá escorrentías naturales que sea necesario interceptar ni desviar en estos sectores, debido a que este manejo es efectuado por las obras previstas aguas arriba.

Cuadragésimo octavo. En relación a las aguas de contacto, se advierte de los antecedentes que las únicas aguas que pueden entrar en contacto con los materiales depositados son las precipitaciones directas; lo cual fue ampliamente abordado a través del "Modelo hidrogeológico del Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado" (RCA N°69), donde fue asumido como escenario de simulación un evento de precipitación extrema de 24 horas, con un periodo de retorno de 1.000 años, que corresponde a una precipitación de 63,3 mm, junto a otras consideraciones planteadas en la Adenda.

Cuadragésimo noveno. Respecto de lo anterior y de los antecedentes revisados, se advierte que la precipitación media anual de la zona del proyecto y sus alrededores es de 19,6 mm, equivalente a un 31% de la precipitación extrema utilizada en la modelación; de donde se arriba como resultado la conclusión que no se genera un caudal de infiltración en la base de los botaderos. Es decir, no se produce drenaje gravitacional debido a una humedad remanente de 3% que es equivalente a la humedad residual del material, teniendo este último la capacidad de retener un eventual evento extremo de precipitación.

Quincuagésimo. En complemento de la evaluación ambiental, referida al riesgo de afectación por drenaje ácido, se advierte de los antecedentes que el Proyecto Adecuaciones no requiere medidas para el tratamiento de las aguas de contacto y no contacto y; donde además, se cuenta con un Plan de Alerta Temprana ("PAT") de calidad del agua subterránea para gestionar oportunamente las acciones necesarias para evitar la afectación del recurso hídrico aguas abajo, principalmente por eventuales infiltraciones desde pilas de lixiviación y depósitos de rípios, donde se manejan soluciones ácidas de proceso (a diferencia de los botaderos, que no reciben soluciones). De este modo, si bien la afectación por drenajes de aguas lluvia de botaderos es improbable, se cuenta con una cobertura espacial de monitoreo a través del PAT señalado. Concluye la evaluación ambiental indicando que dicho impacto potencialmente significativo fue descartado en el marco del proceso de evaluación ambiental.

Quincuagésimo primero. Por lo anteriormente analizado, estos sentenciadores son de la opinión que esta materia ha sido suficientemente abordada y motivada en las instancias de evaluación correspondientes, no existiendo un actuar ilegal por los OAECA y en particular por el SEA. En consecuencia, esta sub alegación será desestimada, toda vez que la empresa cumplió con lo ordenado en el literal b) del artículo 11 de la Ley 19.300, en relación al drenaje ácido de roca.

2.3 En cuanto al medio humano, en especial respecto a la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos

Quincuagésimo segundo. Sobre este punto, la reclamante señala que la resolución yerra cuando establece que “El proyecto no se encuentra localizado en o próxima a poblaciones (...)” ya que, a su juicio, del simple tenor y cotejo de los antecedentes del proyecto se deduce que este se emplaza a escasos kilómetros de varios GHPPI que varían entre los 2 y los 8 km. Para la reclamante, en razón de ello es que precisamente tanto el SEA como BHP tuvieron que considerarlos para evaluar sus impactos.

El actor alega que resulta evidente que la resolución recurrida comete un error al afirmar que “(...) este no se emplaza en un área colocada bajo protección oficial (...)” desconociendo con ello que el proyecto se emplaza, intervendrá y destruirá de modo irreversible más de 80 ha de suelo pertenecientes a la ADI Jiwas Orajé, suelo y área que ni siquiera son caracterizados.

Asimismo, la reclamante indica que la resolución reclamada vuelve a errar cuando sostiene que “El proyecto no genera una alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico”, ya que a su juicio es un hecho indesmentible que toda la zona de influencia del proyecto se encuentra inserta y rodeada de hallazgos, restos y sitios arqueológicos o pertenecientes al patrimonio cultural de los pueblos indígenas aledaños.

Complementa señalando que el proyecto no efectuó la evaluación ambiental sobre la suma de los impactos provocados por el Proyecto Continuidad Operacional y el Proyecto Adecuaciones.

Quincuagésimo tercero. Por su parte, el SEA afirma que, sobre reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, el Proyecto no introduce cambios que puedan alterar en forma significativa los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, toda vez que se emplaza al interior de la faena minera Cerro Colorado, en un área industrial previamente intervenida, sin expandir el perímetro aprobado ambientalmente.

En otras palabras, la parte reclamada indica que no va a aumentar ni la superficie del proyecto, ni la producción del mineral autorizado en el Proyecto Base, ni la de sus depósitos. Tampoco requiere aumentar la mano de obra del proyecto. Por otra parte, las obras del Proyecto no intervienen sitios habitados por comunidades o que presenten usos de algún tipo por parte de estas.

Quincuagésimo cuarto. En cuanto a la localización y valor ambiental del territorio, según el SEA, el Proyecto Adecuaciones se inserta dentro del Proyecto Continuidad Operacional. Es decir, son modificaciones que constituyen una mejora del Proyecto Base. Este aspecto fue considerado en la evaluación, concluyéndose que el Proyecto no se encuentra localizado en o próximo a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados. A su juicio, sus efectos serían locales y abarcarían áreas industriales de la faena minera Cerro Colorado.

Quincuagésimo quinto. Continúa el SEA señalando que, en relación a la alteración del patrimonio cultural, el Proyecto no provocará afectación de algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288, sea por remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro, intervención o modificación permanente. En efecto, según los antecedentes de la evaluación, la prospección de patrimonio cultural realizada en el área donde se desarrollarán las obras del Proyecto Adecuaciones no registró hallazgos de sitios arqueológicos, históricos o de otro tipo, pertenecientes al patrimonio cultural. Señala además que el Proyecto Adecuaciones no modifica los impactos ni medidas asociadas a este componente ambiental respecto de lo autorizado en el Proyecto Base.

Precisa la parte reclamada que las unidades con registros paleontológicos vigentes se localizan fuera del área de la mina, a más de 20 kilómetros de distancia. Sobre lo anterior se establece que la mayor parte del área presenta un potencial paleontológico Estéril (Bajo-Nulo) y que en el sector sur existen depósitos con un potencial susceptible (Medio-Bajo) los cuales corresponden a la “Formación el Diablo”.

Para el SEA, dentro del área estudiada no se reconocieron componentes fósiles, ya que la mayor parte de esta corresponde a depósitos antrópicos que cubren casi por completo el sustrato de suelo originario. Por último, en el área donde se desarrollará el Proyecto no existen lugares o sitios donde se lleven a cabo manifestaciones de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humano. Se trata de obras que se instalarán dentro de los sectores industriales actuales de la faena minera Cerro Colorado, en sitios previamente intervenidos por instalaciones mineras, sin expandir el perímetro de la faena.

Quincuagésimo sexto. Para este Tribunal, esta sub alegación está referida a la potencial afectación al medio humano y a los sistemas de vida y costumbres, y que de acuerdo al art. 11 de la Ley 19.300, determina si el proyecto debe ingresar al SEIA a través de un EIA o una DIA.

Quincuagésimo séptimo. Para abordar la sub alegación, en primer lugar, se analizará la información referida a la calidad del aire específicamente respecto del MPS. Además, se analizarán los antecedentes que permitan acreditar o no si las estaciones cumplen con los requisitos de instalación y funcionamiento del DS N°61/2008, o el instrumento que lo reemplace, y/o con los requerimientos y criterios determinados y aprobados por el organismo competente.

Quincuagésimo octavo. Luego, se realizará un análisis respecto al objeto de protección “Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos” (“SVCGH”), según los contenidos descritos en el artículo 18 y 19 del RSEIA y las obras y acciones asociadas al proyecto.

Quincuagésimo noveno. Respecto de lo primero, es decir el MPS, de la evaluación ambiental se puede indicar que en el informe de modelación de calidad del aire (Anexo D de la DIA), en el capítulo de Línea base, se omite toda referencia al material particulado sedimentable que habría sido medido en distintos periodos en algunas estaciones, por ejemplo, en: Cerro Negro y Parca, como se desprende del EIA previo; Iquiuca, como se reporta en los informes semestrales de seguimiento (fs. 2406 y siguientes); y Mamiña, Parca, Quipisca, Cerro Negro, Macaya e Iquiuca, que habrían tenido mediciones, al menos, desde enero de 2018, previo a la presentación de la DIA del Proyecto Adecuaciones (Anexo H - Análisis de consistencia y validación de resultados del modelo de calidad del aire utilizado en la DIA de Adecuaciones, fs. 10199 y ss.).

Sexagésimo. A su vez, en Adenda 1, en la respuesta 21.10, respecto de la solicitud de presentar todos los antecedentes que permitieran verificar que el proyecto no generaría efectos negativos producto del MPS sobre la agricultura familiar campesina que se desarrolla en el valle de Quipisca y en Iquiuca, el titular reitera información presentada en el informe de la DIA (resultados de modelación en Mamiña y Parca) e indica que “De acuerdo a los resultados obtenidos mediante modelación, en las localidades cercanas se obtienen tasas de depositación inferiores a 60 mg/m²-día como promedio anual. Por lo tanto, en las zonas de pequeña agricultura que se desarrolla en el valle de Quipisca y en Iquiuca, ubicadas a 6,2 y 2,5 kilómetros, respectivamente, se proyecta una tasa de depositación similar o inferior. Como referencia, la Norma de la Confederación Suiza establece un umbral de 200 mg/m²día como promedio anual, por lo que los valores modelados mantienen un margen considerable respecto de dicha normativa, sin generarse un potencial impacto negativo en la pequeña agricultura de los valles de dichas comunidades”. Al respecto, no se entrega información alguna que sustente el criterio de distancia utilizado y el uso de la norma de referencia utilizada.

Sexagésimo primero. Por su parte, en Adenda 2, en el punto 6, asociado a la caracterización del medio humano, se hace referencia nuevamente a la modelación de calidad del aire indicando que “La condición más adversa se da hacia el sector de Parca, debido a la ocurrencia de vientos relativamente intensos en esa dirección, capaces de transportar partículas sedimentables. El resultado muestra que el aporte del proyecto es de 53 mg/m²-día, y es similar al aporte que generan las mismas actividades en la actualidad, sin la modificación proyectada. La tasa de sedimentación total medida en el sector de Parca es de 160 mg/m²-día, reflejando el aporte de toda la faena minera, el nivel de fondo y lo que emiten terceros. Este nivel es inferior a la norma de referencia de 200 mg/m²-día, y de acuerdo a la modelación no variará con el presente proyecto. Por lo tanto, se descarta un efecto adverso sobre las actividades económicas (particularmente la agricultura) a causa de emisiones atmosféricas de material particulado”. Aquí, nuevamente, se hace alusión a la norma de referencia sin dar justificación alguna. También se expone que existen datos observados de MPS en Parca, pero no se usa o presenta información medida en Quipisca para sustentar mejor el argumento.

Sexagésimo segundo. En resumen, en Adenda 1 solo se usa un criterio de distancia, sin el debido sustento, para declarar tasas de sedimentación en Quipisca, y en Adenda 2 se utiliza información de una localidad para declarar la no afectación de otra, también sin el debido sustento y omitiendo información de referencia (datos que habrían existido de MPS en Quipisca).

Sexagésimo tercero. A su vez, no se considera en el análisis que, por las condiciones de viento (diurno-nocturno), es el subsector de Sabaya, ubicado al este en la localidad de Quipisca, el que está más cercano (4,5 km) al botadero Lastre Oeste de la faena, actualmente activo (Figura 1).

Sexagésimo cuarto. Por otro lado, en ambas adendas y solo en ellas, se cita la norma de la Confederación Suiza, sin dar ningún fundamento técnico de por qué esa norma es aplicable en el área de influencia del proyecto, más aún si en el EIA previo se habría considerado la norma del Huasco (Anexo 3.2_Calidad del aire_rev2, Anexos

Adenda complementaria, EIA Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado). Además, es el propio art. 11 del DS 40 el que indica que “para la utilización de las normas de referencia, se priorizará aquel Estado que posea similitud en sus componentes ambientales, con la situación nacional y/o local, lo que será justificado razonablemente por el proponente” y además indica que “Cuando el proponente señale las normas de referencia extranjeras que utiliza deberá acompañar un ejemplar íntegro y vigente de dicha norma”, condiciones que no fueron cumplidas, tal como advierte la reclamante.

Figura 1. Relación entre instalaciones de faena minera y localidades cercanas.



LOCALIDADES CERCANAS, ESTACIONES DE MONITOREO E INFRAESTRUCTURA DE PROYECTO MINERO CERRO CASERONES

**CAUSA ASOCIADA
R-39-2020**

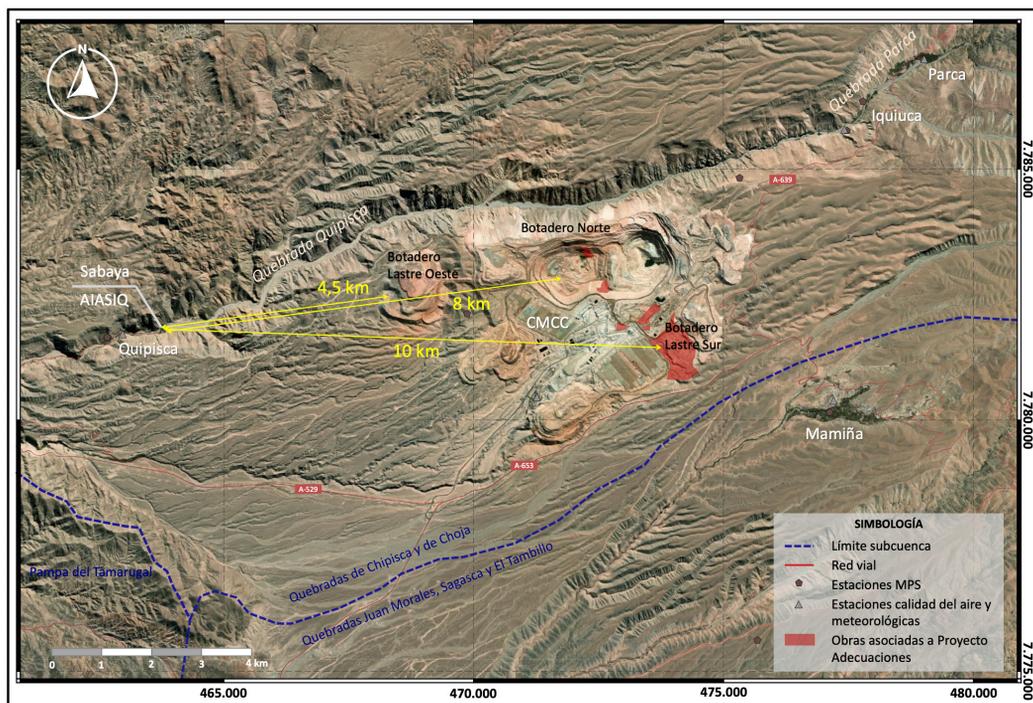


Imagen ESRI Satellite. UTM 19S WGS84 (EPSG: 32719)

Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base al expediente administrativo e información pública.

Sexagésimo quinto. Por su parte, respecto de la información presentada en sede judicial y que no habría sido presentada en sede administrativa, se advierten claras anomalías en el tratamiento vigente referido a la componente MPS. En específico:

- a) Las estaciones de monitoreo de MPS no cumplen con los estándares declarados. En el Anexo H (fs. 10199 y siguientes) se indica que la medición de MPS fue realizada de acuerdo a los procedimientos SGSR (presentado a fs. 9197 y siguientes). A su vez, en la inspección personal del Tribunal, se indicaron las normas de referencia ASTM D 1739 – 98 (misma que también se cita en el procedimiento SGSR) y los estándares del DS 61/2018 de MINSAL. De la revisión de aquellos documentos se desprende lo siguiente:
 - i. El procedimiento SGSR no se cumpliría a cabalidad, dado que ninguna de las estaciones visitadas disponía del anillo en la parte superior para evitar que los pájaros depositen sus desechos en el embudo ni tampoco el soporte estaba fijo al suelo (punto 5.4 Descripción de equipos de monitoreo, fs. 9201), como se observa en la Figura 2.

- ii. El artículo 4 del DS 61/2018 del MINSAL, en su segundo párrafo, indica que “Con el objeto de asegurar que las mediciones realizadas en dicha estación se han efectuado bajo las condiciones establecidas en el presente decreto, y sin intervención de personas no autorizadas, ellas deberán tener una conformación o medios que permitan impedir el acceso, tanto a los equipos e insumos como al sistema de toma muestra, de personas distintas de sus propietarios u operadores. Esta exigencia es también aplicable a los equipos portátiles y a aquellas instalaciones en las cuales los analizadores de gases o muestreadores de material particulado estén contenidos en habitáculos que los protegen de la intemperie”, lo cual tampoco se cumple.
- iii. La norma ASTM D 1739 – 98 (fs. 9519) presenta una serie de condiciones respecto a la selección del sitio de muestreo, incluyendo que sea un área libre y segura. Además, es explícita en indicar la necesidad de llevar un adecuado registro, teniendo la información geográfica de la estación, como el debido registro de los eventos de mayor emisión de MPS que ocurran en las cercanías de la estación y de los eventos de lluvias o nevazones. Asimismo, el margen de la toma de muestras es de solo 2 días, cuestión que no se habría cumplido para algunos periodos, al menos del 2018. Además, tanto la información de registro como de la debida justificación del sitio de monitoreo, no fueron presentados por CMCC en esta sede, ni fue referida en la evaluación ambiental.
- iv. No queda clara la información asociada a las estaciones de Cerro Negro, Macaya, Barrera Parca, Mamiña y Quipisca, donde en la minuta de CMCC (fs. 2363 y siguientes) se ha indicado que la primera está asociada a monitoreos de MPS cercanos a la faena y que existe desde el año 2008, la segunda está asociada a una estación del tipo *background*, la tercera sería un monitoreo interno y voluntario y las últimas serían estaciones asociadas a monitoreos voluntarios; y se presentan gráficos de los resultados de estos monitoreos. Sin embargo, no se presenta mayor información, análisis o interpretaciones asociadas a estas estaciones y sus resultados que hagan alusión al cumplimiento de los procedimientos y normativas asociadas.

Figura 2. Estaciones de monitoreo de MPS de CMCC.

Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a inspección personal a sectores con GHPPI.

- v. En esa línea, a modo de referencia, de los datos presentados en Anexo F, se advierte, por ejemplo, que en estación Cerro Negro no se monitoreó durante todo el 2020 por problemas de mantenimiento del camino, así como abundantes discontinuidades en los monitoreos en otras estaciones de MPS, ya sea por lluvia, fallas en caminos, etc. (fs. 9524 y siguientes) lo que llama la atención respecto del debido seguimiento de esta variable, especialmente relevante para las comunidades y asociaciones indígenas.
- b) De los datos observados y modelados de MPS presentados en sede judicial, en particular del Anexo H (fs. 10199 y siguientes) y Anexo LL (fs. 10323 y siguientes), se desprende que, al menos en Quipisca, en el periodo enero 2018 a junio 2019, la estación registraría valores comparativamente altos de MPS, con varios meses con valores sobre los 200 mg/m²día, que es el límite de la norma de la Confederación Suiza utilizada por la empresa, siendo la media 322 mg/m²día y la máxima 772 mg/m²día (fs. 10204). Si bien es posible que haya una importante componente natural en el origen de este MPS, dada su magnitud, hubiera sido esperable que, al menos, se reportara y se analizara la variable en la línea de base del informe y, luego, se relacionara con las emisiones del proyecto, cuestión que no ocurrió. A su

vez, esta estación no estaría asociada al contrato que CMCC tuvo con SGS para el año 2020 (fs. 9524 y siguientes).

- c) La minuta de CMCC (fs. 2363 y siguientes) indica las coordenadas de la estación Quipisca y señala que “esta estación de monitoreo fue instalada de manera voluntaria, en instancias de dialogo (sic) que CMCC mantiene de manera permanente con las comunidades de su entorno”. Sin embargo, no se presenta ningún otro documento que existiera previo a la visita inspectiva que indique el por qué se monitorea ahí, cuál fue el criterio de elección de ese sitio, si es que este tiene asociado algún seguimiento, cuál es la empresa que realizó los monitoreos, por qué se detuvieron los monitoreos, certificados de resultados, o cualquier otra información asociada a estos.
- d) Finalmente, los terceros se refirieron a una serie de documentos en alusión al MPS. En particular, el informe de la PUC “Informe Preliminar Estudio Integral sobre el Rendimiento Agrícola - Comunidad Indígena Quechua de Quipisca” (Anexo G, fs. 9850 y siguientes), al que se refieren en visita inspectiva (fs. 10363 y siguientes), Anexo G, Anexo H y Anexo I (fs. 10208 y ss.) no fue considerado por el SEA, puesto que no fue parte de la evaluación ambiental, ni fue citado o referido por la empresa durante ese proceso. Sin embargo, los resultados de este informe no resultan suficientes para la correcta evaluación del MPS en Quipisca, especialmente porque: el informe no se integra con otra información de la empresa (por ej. análisis de vientos); no se hace un análisis sobre la elección de sitios y periodos de análisis de material particulado (con neblinómetros); los análisis químicos tanto de suelos, polvo y aguas no se presentan con el rigor científico suficiente para validarlos, puesto que no se indican las metodologías de muestreo, ni el por qué se definen esas metodologías, esos puntos de muestreo y esos procedimientos de laboratorio, lo cuales por lo demás no se especifican. A su vez, no se realizó un análisis foliar respecto a metales pesados ni se estudió la afectación a las plantas por la presencia de MPS (cualquiera sea su origen) en las hojas.

Sexagésimo sexto. Por lo anterior, este Tribunal estima que existen serias deficiencias en la evaluación ambiental respecto de la componente MPS, y que a mayor abundamiento no se ha abordado adecuadamente tanto en el proceso de evaluación, como en su posterior aplicación, al margen que sea una medida voluntaria de CMCC, pero que es esencial a las actividades humanas y agropecuarias de subsistencia en el territorio de la ATIASIQ, como de otras organizaciones indígenas en la zona.

Sexagésimo séptimo. Respecto al objeto de protección SVCGH, la guía “Área De Influencia de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en el SEIA” señala que:

(...) en cuanto al objeto de protección Sistemas de Vida y Costumbre de Grupos Humanos, lo que se busca proteger en el SEIA es que los impactos producidos por un proyecto o actividad no afecten de forma significativa la calidad de vida de los grupos humanos. La especificación de estas circunstancias se indica en el artículo 7° del RSEIA, a saber:

- a. Intervención, uso, o restricción al acceso de los recursos naturales, utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional como el medicinal, espiritual, cultural, u otro.
- b. Obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento.
- c. Alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica.
- d. Dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.
- e. Alteración de formas de organización social particular de los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

Sexagésimo octavo. Que, sobre este punto, la Corte Suprema ha señalado a través de la sentencia de casación Rol N° 817-2016, la cual cita un fallo anterior, lo siguiente:

Décimo tercero: Que esta Corte ya ha emitido diversos pronunciamientos sobre el sentido y alcance que debe darse a dicha expresión, indicando que la afectación de un pueblo “se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (CS Rol 16.817-2013, considerando Décimo Segundo).

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que “lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier ‘decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad’, pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad” (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398).

Décimo cuarto: Que, por tanto, para que exista afectación directa en los términos exigidos por el Convenio N°169 de la OIT, es necesario que se encuentre establecido en autos que se verifica alguna de las modificaciones ya detalladas, cuestión que, en estos antecedentes, ocurre solamente respecto de la comunidad de Cultane.

Sexagésimo noveno. Que por su parte para el caso de autos, del análisis del expediente judicial y administrativo, se evidencia que a lo menos el Proyecto y su DIA, como su RCA, generan afectación directa en los siguientes puntos del artículo 7° del RSEIA:

- Intervención, uso, o restricción al acceso de los recursos naturales, utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional como el medicinal, espiritual, cultural, u otro.

Sobre este punto, es evidente que no hay un razonable descarte de las potenciales afectaciones y se evidencia que se genera afectación por MPS en los terrenos y actividades agropecuarias en los predios de los comuneros, como la depositación de MPS en plantas que permanentemente deben estar lavando y limpiando, y la consiguiente disminución de los calibres, calidad y volumen en la producción de sus cultivos de Flores (Ilusión, papelillo) frutas como Membrillos, Granadas, Guayabas, Mangos, Naranjas, hortalizas como Tomates, Locotos, Morrón, Ajes y Cebollas.

- Alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica.

Este elemento también se relaciona con el tema anterior en cuanto se afecta la calidad del bien suelo y aire en lo concerniente a los efectos producidos por el MPS en dichos componentes ambientales y productivos. También, respecto al potencial riesgo que existe en relación a la afectación de la cantidad y calidad del suelo productivo, a consecuencia de las crecidas de lluvias altiplánicas o eventos climatológicos extremos, y que al sumarse a la potencial alteración de la ribera y base de la quebrada de Quipisca derivado de la caída de material estéril y rocas desde las pilas de los botaderos de estériles de la faena (como se observa en el Figura 3 a) puede provocar una alteración al medio humano.

- Dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.

En efecto, sobre este punto, no se logra despejar en lo referido a las dificultades para el ejercicio y manifestación de la cultura e interés comunitarios de la AIASIQ respecto de su arraigo y cohesión social asociado al vínculo con la naturaleza, y en particular el agua y actividades agropecuarias de subsistencia.

Septuagésimo. Para estos sentenciadores, es evidente que las emisiones de MPS por fuentes fijas generan un deterioro de cultivos agrícolas o vegetación nativa utilizada por el grupo humano por depósito de material; así como el uso de recursos naturales minerales que son depositados en los botaderos de estériles cercanos a la quebrada de Quipisca y al sector de Sabaya, y con ello la generación de pérdidas por la afectación del recurso natural suelo y plantas, generando mayores gastos, trabajo y pérdidas económicas al grupo humano.

Septuagésimo primero. Que, a mayor abundamiento, en el capítulo 2, Objetivo y Alcance de la guía, pág. 14, se señala expresamente que “Es responsabilidad de los titulares de los proyectos o actividades entregar toda la información relevante para la evaluación, lo que en definitiva se define en función de las características propias de cada proyecto y del área de influencia”. Lo que, para el caso de autos y como se demostró latamente en los considerandos previos, no se cumplió.

Septuagésimo segundo. Lo anterior es relevante, ya que a lo menos genera un nivel de incertidumbre que se enmarca en una susceptibilidad de afectación directa a la AIASIQ que se ubica en el área de influencia del

proyecto, en particular a lo asociado a la identificación del descarte del riesgo a la salud de la población por la calidad del aire y respecto de la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Septuagésimo tercero. En este sentido, lo relevante de la evaluación ambiental es que más allá de la necesaria revisión de las obras, partes y actividades que se realizan por el titular del proyecto al interior de la faena o área industrial, es de suma importancia y criticidad diagnosticar y evaluar adecuadamente según estándares preventivos si las obras, partes y actividades generan efectos, características y circunstancias (“ECC”) que puedan generar tanto impactos significativos como impactos no significativos en los sistemas de vida y costumbres de la AIASIQ, como habitantes pertenecientes a GHPPI en el área de influencia del proyecto; y con ello determinar las medidas de mitigación, reparación o compensación, o en su defecto los compromisos voluntarios, según la legislación vigente.

Septuagésimo cuarto. Así, estos sentenciadores reiteran que existe afectación directa por MPS, en particular respecto al depósito de MPS en los suelos y plantas, que podría afectar la calidad y niveles de producción de sus alimentos y, con ello, los sistemas de vida y costumbres de la población, en particular de AIASIQ. Por lo anterior, se acogerá la reclamación respecto de esta sub alegación.

Septuagésimo quinto. Que, en mérito de lo razonado anteriormente y del análisis efectuado en las sub alegaciones de los considerandos previos, estos sentenciadores evidencian una carencia sustantiva en el descarte de los ECC del artículo 11 de la Ley 19.300, los cuales no son rigurosa y razonablemente abordados en la DIA y la respectiva RCA, constituyéndose en un riesgo para la debida protección de la salud de la población y los sistemas de vida y costumbres de la AIASIQ, siendo lo razonable en este caso su presentación por la vía de un EIA.

3. En cuanto a la infracción al art. 86 RSEIA al omitirse reunión del SEA con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, en particular la AIASIQ

Septuagésimo sexto. Según la reclamante, la infracción a la norma se habría efectuado al no realizar las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad.

Septuagésimo séptimo. Sobre este punto, el SEA afirma que las reuniones con los GHPPI en el marco de la evaluación del Proyecto se realizaron en conformidad a la normativa vigente; señalando que, en el marco de dichas actividades, se convocó a 6 organizaciones indígenas, todas identificadas por el titular como ubicadas dentro del área de influencia del proyecto, y representativas de las localidades cercanas al mismo, esto es: Quipisca, Mamiña, Parca e Iquiuca. Durante dicho proceso, se pudo constatar que las organizaciones contactadas tenían presencia en el sector, desarrollaban actividades agrícolas, ganaderas y turísticas, y pertenecían tanto a la etnia Quechua como a la Aymara.

Septuagésimo octavo. Señala la parte reclamada que en lo que respecta específicamente a la localidad de Quipisca, se llevaron a efecto reuniones con los siguientes GHPPI: a) Con la Asociación Indígena Aymara Cuenca de Quipisca y b) Con la Comunidad Indígena Quechua de Quipisca.

Septuagésimo noveno. Afirma el SEA que, si bien la reclamante no participó de esta instancia, se cumplió con el objetivo del artículo 86 del RSEIA, ya que gracias a las reuniones sostenidas con las comunidades mencionadas se obtuvo suficiente información que permite contrarrestar lo señalado por el titular en la DIA, a fin de dotar al SEA de los antecedentes necesarios para determinar la procedencia de un eventual término anticipado del proceso de evaluación por falta de información relevante o esencial.

Octogésimo. El actor señala que a consecuencia de “esta ilegalidad”, la AIASIQ no tuvo la posibilidad de solicitar el inicio de un proceso PAC para la evaluación de la DIA de este proyecto.

Octogésimo primero. Por su parte, el SEA afirma que está obligado a iniciar un proceso PAC siempre que sea solicitado por a lo menos dos organizaciones ciudadanas, o 10 personas naturales. Señala también que ni la reclamante, ni otra organización ciudadana, ni un grupo de 10 personas presentaron solicitud para abrir un proceso PAC en el procedimiento de evaluación del Proyecto Adecuaciones, no existiendo obstáculo para ello.

Octogésimo segundo. A lo suyo, los reclamantes sostienen que el titular habría actuado de forma ilegal en relación con las reuniones realizadas con GHPPI, al omitir reunirse con la AIASIQ.

Octogésimo tercero. De acuerdo al SEA, el titular no ha informado de la existencia de reuniones o negociaciones con las comunidades, no correspondiéndole al SEA pronunciarse sobre la existencia de dichos encuentros, ni

sobre la naturaleza de los mismos, en caso de que se hubieran realizado. Por lo demás, indica que difícilmente se puede verificar una ilegalidad en encuentros o reuniones que se realizan exclusivamente entre privados.

Octogésimo cuarto. Finalmente, señala el SEA que, dado que el proyecto ingresó mediante una DIA, en caso de haberse realizado reuniones con las comunidades susceptibles de verse afectadas, el objeto de las mismas no podría ser acordar medidas de compensación o mitigación, las cuales son propias de un EIA, y no de una DIA.

Octogésimo quinto. Que, para resolver este punto es necesario remitirse a lo señalado en el art. 86 del DS 40 sobre reuniones con GHPPI, que indica:

Quando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Las actas de las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación de las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda.

Octogésimo sexto. A su vez, el artículo 48 del mismo reglamento, sobre término anticipado del procedimiento, señala que:

Recibidos los informes señalados en el artículo precedente, o cumplido el plazo para ello, si la Declaración carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante, rectificaciones o ampliaciones, o si el proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, el Director Regional o el Director Ejecutivo, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento (...). Y precisa que "Para los efectos del presente artículo se entenderá que la Declaración carece de información relevante para su evaluación cuando no se describen todas las partes, obras o acciones del proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, o sus distintas etapas; y se entenderá que carece de información esencial para su evaluación, cuando, sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley.

Octogésimo séptimo. Que, sobre esta materia, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 36.919-2019, señala que "(...) la recopilación de la información a través de las reuniones establecidas en el artículo 86 del Reglamento, como se señaló, no tienen como único objeto poner término anticipado al proyecto, sino que, además están previstas para que la autoridad cuente con información que le permita evaluar de mejor forma aquellos antecedentes que forman parte de la evaluación del proyecto, pues solo así podrá determinar si existe una alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de las etnias indígenas (artículo 11 letra c) o una susceptibilidad de afectación del elemento territorial (artículo 11 letra d)".

Octogésimo octavo. Que, el objetivo de las reuniones previstas en el artículo 86 del RSEIA excede a lo puramente procedimental en los términos que lo entiende el SEA, ya que es justamente en estas instancias tempranas de la evaluación ambiental que la autoridad puede identificar inconsistencias u omisiones en los proyectos que impidan evaluarlos correctamente.

Octogésimo noveno. Que, también se hace necesario precisar que no es un hecho controvertido que la AIASIQ como GHPPI está ubicada en el área de influencia del proyecto. En particular, el sector de Sabaya está a unos 4 km del botadero de Lastre Oeste, el más cercano a la localidad por la quebrada Quipisca, como se observa en la Figura N°1 antes referida.

Nonagésimo. De lo analizado precedentemente, para estos sentenciadores, la norma es expresa y taxativa al señalar que cuando el proyecto sometido a evaluación mediante una DIA se emplace en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, como es el caso de la AIASIQ, el Director Regional del SEA realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento.

Nonagésimo primero. Que, más allá de las dificultades propias, logísticas e incluso económicas que pudieron haberse presentado, el SEA estaría obligado a sostener reuniones con la AIASIQ, a fin de recoger sus opiniones y analizarlas, más aún cuando es un GHPPI con la posibilidad de verse potencialmente afectado con el Proyecto Adecuaciones, y de cuyos antecedentes se podría haber determinado la procedencia de la aplicación del art. 48, según mandata la ley; situación que en los hechos no se concretó, vulnerando el derecho de la AIASIQ, como asimismo la posibilidad del SEA de haber advertido consecuencias o riesgos ambientales que pudieran afectar a dicho GHPPI.

Nonagésimo segundo. Que, de lo analizado, estos sentenciadores advierten que existe una infracción al artículo 86 del DS 40, al omitirse reunión del SEA con el GHPPI correspondiente a la AIASIQ, y por tanto esta alegación también será acogida.

4. En cuanto al supuesto fraccionamiento y elusión del SEIA

Nonagésimo tercero. El actor afirma que, desde el punto de vista procedimental, el SEA ha incumplido el artículo 11 bis y 11 ter, por cuanto tiene la potestad de informar las hipótesis de elusión o fraccionamiento a la SMA y no lo hizo en este caso, máxime si se ha acusado esta situación en el marco de la invalidación, para cuyo efecto podría haber requerido el pronunciamiento de la SMA en el expediente del procedimiento invalidatorio.

Nonagésimo cuarto. Que, la reclamada alega que es la propia ley la que dispone en la descripción del tipo infraccional el órgano de la administración del estado competente, no solo para determinar cuándo se ha verificado el fraccionamiento, esto es, la acción u omisión antijurídica, sino que además a quien le corresponde sancionar y obligar al proponente a someterse a la ley ambiental, lo cual recae en la SMA, a quien se le ha otorgado potestades fiscalizadoras y sancionatorias, y no al SEA.

Nonagésimo quinto. En materia de fraccionamiento, señala el SEA que aun cuando al servicio no le corresponde determinar si se está o no frente a una hipótesis de fraccionamiento, estima que en el caso de autos no hay fraccionamiento. Según el órgano reclamado, el titular no ha fraccionado el proyecto con el objeto de eludir su evaluación ambiental, sino que se trata de un proyecto que corresponde a modificaciones que se hacen para mejorar uno anterior, previamente evaluado.

Nonagésimo sexto. Que, en materia de elusión, la reclamada indica que los proyectos pueden ser modificados, en cuyo caso solo se evalúa la modificación y los impactos acumulativos. Ello es lo que ocurre en este caso según el SEA, por cuanto el Proyecto Adecuaciones corresponde a una modificación al Proyecto Continuidad Operacional, de manera que fue evaluado como tal, considerando especialmente los impactos acumulativos.

Nonagésimo séptimo. Para abordar esta alegación, se hace necesario remitirse al art. 11 bis de la Ley 19.300, el cual prohíbe el fraccionar los proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o eludir el ingreso al SEIA, señalando que “Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema”.

Nonagésimo octavo. Asimismo, el artículo 3 literal k) de la LOSMA obliga “a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300”.

Nonagésimo noveno. Sobre esto, la doctrina señala que el fraccionamiento de proyectos constituye “una forma de fraude a la ley en materia de SEIA” que “se produce en aquellos casos en que el titular de un proyecto o actividad lo fracciona a sabiendas, con el objeto de situarlo bajo los umbrales de sometimiento por la vía de un EIA, o bien, para no someterlo en absoluto” (Bermúdez, Jorge. 2014. Fundamentos de Derecho Ambiental, p. 301).

Centésimo. Que, para el SEA, el fiscalizar y sancionar las hipótesis de fraccionamiento es una atribución privativa de la Superintendencia del Medio Ambiente y no de las Comisiones de Evaluación o al SEA. Sin embargo, estos sentenciadores son de una opinión más integral y menos restrictiva, en cuanto a que las atribuciones de la SMA no limitan una observancia preventiva y proactiva del SEA. Lo anterior en atención a lo señalado en el inciso final del artículo 11 de la Ley 19.300 para efectos de evaluar sus literales a) y b), en el sentido que este debe tener una mirada sistémica de evaluación ambiental, con el objeto de descartar el fraccionamiento de proyectos a los

que alude el artículo 11 bis de la misma ley, donde también se debe considerar un análisis de efectos aditivos o sinérgicos. Con ello, el SEA puede orientar a los regulados en cómo velar por la debida protección de la salud de la población y de la protección de los recursos naturales, en este caso de la AIASIQ.

Centésimo primero. Para estos sentenciadores, se debe distinguir entre la facultad de fiscalización y sanción de un proyecto fraccionado por parte de la SMA de aquella facultad preventiva que le atañe al SEA, analizando dichas materias ex ante a objeto de corregir el proceso, en atención a la ausencia de información relevante y la completa evaluación de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300.

Centésimo segundo. Con todo, para este Tribunal, la reclamante no logra presentar elementos sustantivos en materia de fraccionamiento que evidencien alguna ilegalidad sobre la RCA N°11/2019 de la DIA “Adecuaciones en depósitos de lastre, caminos internos y campamento”, que es una etapa distinta y posterior a la RCA N°69/2015 del Proyecto Continuidad Operacional; evidenciando que el SEA ha actuado conforme a derecho sobre este punto, ateniéndose a sus facultades y atribuciones, y, por tanto, esta alegación será desestimada, sin perjuicio de lo que se resolverá en definitiva.

5. En cuanto a la supuesta infracción al deber de Consulta Indígena conforme al Convenio 169 OIT

Centésimo tercero. De acuerdo con el actor, según los antecedentes contenidos en el Anexo I de la DIA del proyecto, relativo a la “Caracterización medio humano”, la localidad de Quipisca, a la cual pertenece la asociación indígena reclamante, está emplazada a 7 kilómetros al oeste del área de mina CMCC y posee una población estimada de 16 habitantes al año 2017, desarrollando actividades tradicionales y económicas ligadas a la agricultura, asociados al cultivo de árboles frutales.

En consecuencia, a su juicio, la asociación se encuentra dentro del área de influencia del proyecto, por lo cual los efectos que este puede generar podrían afectarles.

Además, señala que es preciso indicar que según consta del Anexo I relativo a la “Caracterización medio humano” de la DIA del proyecto, el titular incluyó dentro del área de influencia de medio humano del proyecto a los grupos humanos de Mamiña, Parca, Quipisca e Iquiuca, haciendo especial referencia a la AIASIQ.

Centésimo cuarto. Por su parte, el SEA afirma que no existe la susceptibilidad de afectación directa que exige el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) para que proceda la consulta indígena.

Centésimo quinto. Que, para abordar esta controversia, es necesario determinar el contenido y alcance normativo de la Consulta Indígena en materia ambiental, teniendo presente el Convenio 169 de la OIT, el cual en lo referido a la Consulta Indígena establece:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 15

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier

programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Centésimo sexto. Por su parte, según el Decreto Supremo N°66 publicado el 4 de marzo del año 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena (“DS 66”), en su inciso tercero del artículo 7, señala:

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Centésimo séptimo. Así mismo, el artículo 8 del mismo decreto señala que:

La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N°19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300.

Centésimo octavo. Por su parte, su artículo 10 precisa que:

Procedimiento apropiado. El procedimiento de consulta establecido en el artículo 16 deberá aplicarse con flexibilidad. Para efecto de lo anterior, éste deberá ajustarse a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias. Asimismo, los órganos responsables indicados en el artículo 4° del presente reglamento deberán considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada.

Centésimo noveno. Que, por otro lado, en el proceso de evaluación ambiental se ha regulado el deber de consulta indígena en el art. 85 del DS 40, señalando:

Consulta a Pueblos Indígenas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

Centésimo décimo. En específico, los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA vienen a complementar lo establecido en el artículo 11 de la Ley 19.300 relacionado con los efectos, características o circunstancias en virtud de los cuales un proyecto o actividad debe ser evaluado a través de un Estudio de Impacto Ambiental; estando directamente relacionados al artículo 11 literales c), d) y f) de la Ley 19.300.

Centésimo undécimo. Del convenio y normas revisadas, se entiende que, en un proceso de evaluación ambiental, la consulta indígena constituye una obligación para la autoridad evaluadora cuando, producto de dicha revisión,

se deba decretar alguna medida que pueda afectar directamente a pueblos indígenas. En concordancia con un elemento esencial dispuesto el Título I Disposiciones Generales, artículo 4 inciso segundo de la Ley 19.300, el cual señala que “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Centésimo duodécimo. En complemento, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en causas Rol números 817-2016 y 16.817-2013, señala que “(...) la afectación de un pueblo se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

Centésimo decimotercero. Por su parte, la doctrina en esta materia discurre en que “la consulta indígena procederá cuando sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía” (Meza - Lopehandía, Matías y otros. 2013. Los pueblos indígenas y el derecho, p. 397).

Centésimo decimocuarto. Que, analizados los antecedentes del expediente judicial y administrativo, como de la inspección personal del Tribunal al proyecto y su área de influencia, se observa que, en particular en el sector de Sabaya, donde se encuentra identificada la AIASIQ en Quipisca, se realizan actividades de vida y costumbres asociadas a labores agropecuarias de subsistencia y culturales propias de la cosmovisión de la asociación.

Centésimo decimoquinto. De los antecedentes expuestos, estos sentenciadores consideran de gran relevancia la información asociada a:

- Que el objetivo de la AIASIQ es mejorar, aún más, la calidad de sus productos, respetando la tradición ancestral y la Pachamama, lo que permite mejorar la calidad de vida de los asociados y familias a través de un desarrollo sustentable que perdure en el tiempo.
- Que en la actualidad los productos que se cultivan en sus tierras son: Flores (Ilusión, papelillo) frutas como Membrillos, Granadas, Guayabas, Mangos, Naranjas, hortalizas como Tomates, Locotos, Morrón, Ajés y Cebollas.
- La declaración que los agricultores de la AAISIQ tienen escrituras con dominio vigente y otros en trámite sobre una cantidad de tierras heredadas en Sabaya, Catitixa y Accha que suman aproximadamente el 60% del total de tierras agrícolas que actualmente son cultivadas en Valle de Quipisca.
- Que la AIASIQ cuenta con 26 socios y sus respectivas familias. Por motivo de trabajo y escolaridad, existen personas que emigraron y actualmente no viven en el Valle, sin embargo, viajan semanalmente para regar y mantener con vida sus producciones de hortalizas, frutales y flores, luego estos productos son comercializados en Iquique, siendo este ingreso económico el sustento para sus familias.

Centésimo decimosexto. Por otro lado, como ya se analizó en considerandos previos, de los antecedentes que obran en el proceso de evaluación ambiental, es posible concluir que se produce una estrecha interacción entre los efectos adversos de las distintas obras y actividades del proyecto con tierras y actividades de la AIASIQ, como la afectación directa por MPS en los campos y cultivos de los comuneros de esta, lo que claramente afecta sus sistemas de vida y costumbres.

Centésimo decimoséptimo En este sentido, la evidente interacción entre el Proyecto y la AIASIQ empuja forzosamente a estos sentenciadores a concluir que se produce en la especie una situación inminente de susceptibilidad de afectación a sus recursos naturales y, en particular, a sus sistemas de vida y costumbres, lo cual no es adecuadamente abordado en la evaluación ambiental, ni plasmado en medidas que permitieran salvaguardar esta situación. Por tanto, dicha afectación no puede ser tan livianamente descartada por el SEA.

Centésimo decimoctavo. Dicha susceptibilidad de afectación no sólo se manifiesta en la evidente afectación por MPS en sus tierras y cultivos agrícolas, sino también en aspectos tan relevantes como una potencial afectación a aguas de riego, actividades de trashumancia entre los sectores de Quipisca y Parca, como así mismo de los sentimientos de arraigo y espirituales propios de la cultura Aymara en los sectores de la quebrada de Quipisca.

Centésimo decimonoveno. Para estos sentenciadores, es relevante el rol que le compete al SEA respecto de la preservación y resguardo de los pueblos originarios en un territorio emplazado en el Área de Desarrollo Indígena

Jiwasa Oraje, como del estrecho vínculo que tienen las comunidades rurales e indígenas con la naturaleza en todas sus dimensiones y, así mismo, evaluar los efectos e impactos que un proyecto pueda generar en dichas áreas, recursos o poblaciones protegidas.

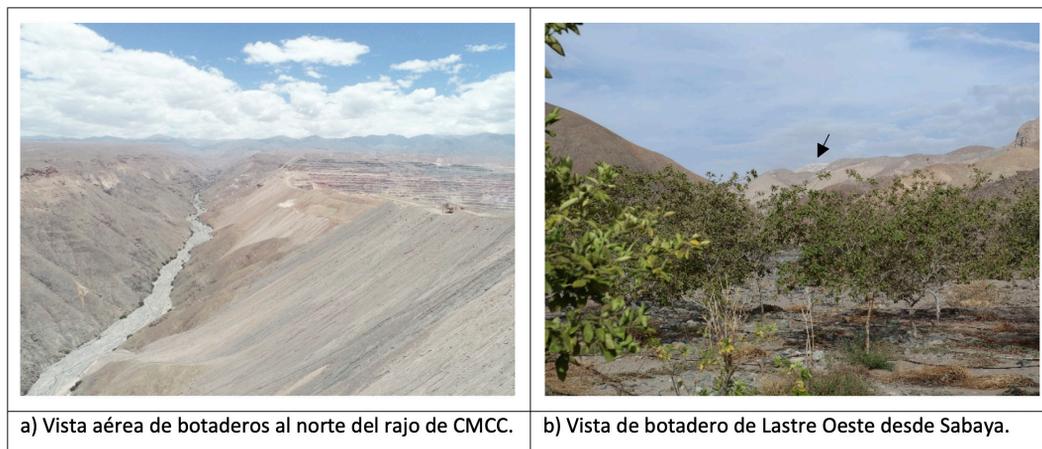
Centésimo vigésimo. Respecto a este rol preventivo resulta atinente referirse a lo previsto en el artículo 27 del RSEIA, el que establece la necesidad de evaluar en una etapa temprana la eventual afectación de un proyecto a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, donde dicha evaluación debe ser realizada considerando los mecanismos de toma de decisiones propios de estos grupos humanos, como también sus costumbres y estructuras organizativas, teniendo presente dicha información para su razonable ponderación y consideración por la autoridad en su pronunciamiento.

Centésimo vigésimo primero. Se evidencia para la causa de autos y sobre la materia alegada que la autoridad no dispuso ni profundizó en la información necesaria para haber advertido y dirigido su evaluación con un enfoque distinto, ya que la misma CONADI, en los oficios Ord. 128 del mayo de 2018 y Ord. 258 del 20 de septiembre del mismo año, evidenció la necesidad de mantener actualizada e informada a las comunidades, como de los eventuales impactos que el proyecto generaría en sus sistemas de vida y costumbres.

Centésimo vigésimo segundo. Es evidente para estos sentenciadores que la susceptibilidad o probabilidad de afectación a la AIASIQ es relevante para ellos, toda vez que el Proyecto y en particular el botadero de Lastre Oeste, se emplaza a escasos 4,5 km del sector de Sabaya en la quebrada de Quipisca (como se observa en la Figura 3 b)), lugar de hábitat de los comuneros de la asociación indígena, donde realizan sus actividades agropecuarias de subsistencia, artesanías, trashumancia local, turismo rural, entre otras actividades propias de su cultura ancestral; siendo vitales para la subsistencia de los sistemas de vida y costumbres de dicho grupo humano indígena.

Centésimo vigésimo tercero. Que, como se ha señalado, las actividades indígenas antes referidas se desarrollan en territorio de la AIASIQ, donde existen múltiples predios agropecuarios pertenecientes a las familias de los comuneros de la asociación, y que evidentemente no es descartable la afectación por MPS en un periodo de al menos 2 años, mientras esté en funcionamiento el Proyecto y otros más asociados al programa de cierre de la

Figura 3. Fotografías de botaderos de CMCC desde la quebrada de Quipisca.



Fuente: Primer Tribunal Ambiental. Fotografías tomadas en inspección personal el día 14 de enero de 2021, en sectores con GHPPI.

respectiva faena minera, interactuando con el MPS proveniente de los botaderos que dan hacia la quebrada de Quipisca, como aquel que el viento imperante traslade y deposite en dichos campos, afectando sus niveles de producción y exigiendo a los comuneros un mayor esfuerzo y sacrificio para realizar sus actividades productivas y culturales.

Centésimo vigésimo cuarto. En este sentido, para estos sentenciadores, la significancia derivada de la duración o magnitud de los impactos no puede ser el único criterio que guíe la protección de poblaciones perteneciente a

GHPPI, ya que precisamente es esa protección específica, a la luz del principio precautorio, la que debe motivar cualquier tipo de decisión que los pueda afectar.

Centésimo vigésimo quinto. En ello, la normativa ambiental no puede alentar una concepción restrictiva de protección a uno de sus elementos más sensibles como es el medio humano, máxime cuando de su interpretación no es posible advertir tal dirección. Por el contrario, es el mismo artículo 11 literal d) de la Ley 19.300 el que discurre sobre la hipótesis de la susceptibilidad de afectación y no de impactos significativos, como pudiese entenderse de los otros literales. Es sólo de esta manera que puede entenderse armónicamente el alcance y contenido del Convenio 169 y el derecho ambiental chileno.

Centésimo vigésimo sexto. En este sentido, el concepto de “significancia” que pretende ser aplicado por el SEA es un elemento que debe ser analizado de acuerdo a la autodeterminación cultural que rige en cada pueblo indígena. Dado lo anterior, no es posible imponer o desconocer los propios criterios de poblaciones con cosmovisiones distintas, esto es, la visión de sus propias prioridades, y que la misma normativa reconoce en su afán de protección. En este sentido, el citado artículo 27 del RSEIA exige, para el análisis de susceptibilidad directa –no de impactos significativos–, que el Servicio considere los mecanismos de decisiones, las costumbres y estructuras organizativas propias de los pueblos indígenas. Así también lo previene el artículo 8 del Convenio 169 al señalar que “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Centésimo vigésimo séptimo. Si bien los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA originalmente se han previsto como complemento o detalle de los literales c), d) y f) del art. 11 de la Ley 19.300, respectivamente, la remisión que hace el art. 85 del mismo Reglamento debe aplicarse teniendo como piedra angular la susceptibilidad de afectación a la que se refiere el literal d) del art. 11.

Centésimo vigésimo octavo. Por lo demás, el Convenio 169 y el art. 10 del DS 66 establecen el principio de flexibilidad para determinar el alcance y naturaleza de las medidas que tengan por objeto dar aplicación a su normativa. De otro modo, los derechos reconocidos en el Convenio 169 y especialmente el deber de la Consulta Indígena, se verían muchas veces mermados e invisibilizados ante categorías y supuestos regulatorios que no les son propios.

Centésimo vigésimo noveno. En consecuencia, analizados los antecedentes que obran en los expedientes judicial y administrativo de evaluación ambiental, es posible advertir que existe evidencia irrefutable de susceptibilidad de afectación directa al grupo humano AIASIQ, razón por la cual se hace forzoso concluir que existe la necesidad de implementar el procedimiento de consulta indígena bajo los estándares previstos en el Convenio 169 de la OIT y, por tanto, estos sentenciadores acogerán la presente alegación.

6. En relación a una supuesta ilegal actuación de CONADI, de la Comisión de la Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá y del SEA durante el proceso de evaluación ambiental

Centésimo trigésimo. El actor señala que CONADI, en su oficio Ord. N°128, de 15 de mayo de 2018, indicó que “(..)considerando la proximidad de las obras del proyecto que se modifican, especialmente el depósito de Lastre, con los GHPPI, que tendrían el potencial de generar impacto negativo significativo de conformidad al literal d) y f) del artículo 11 de la Ley 19.300, se solicita al titular la actualización de la caracterización del medio humano de las localidades de Mamiña, Quipisca, Iquiuca y Parca, según anexo 1, y del capítulo 2 de la DIA...”

Luego, continúa la reclamante indicando que la CONADI, mediante su Ord. N°258, de 20 de septiembre de 2018, reiteró lo señalado anteriormente. Sin embargo, finalmente, el mismo organismo mediante su Ord. N°02 de 4 de enero de 2019, se pronunció conforme de modo condicionado, pero sólo sobre la base de los antecedentes proporcionados por el Titular en su Adenda Complementaria. Según el actor, el titular nunca habría actualizado la Línea de Base sobre Medio Humano.

Centésimo trigésimo primero. Por su parte, el SEA afirma que la reclamación de la AIASIQ carece de todo sustento. La CONADI se pronunció en el marco de la evaluación ambiental del proyecto, en su calidad de órgano sectorial. Se desprende de la alegación de la recurrente su disconformidad con dicho pronunciamiento, sin embargo, su actuar no ha sido ni arbitrario ni ilegal. Para el SEA, cabe recordar que los pronunciamientos de los

OAECA no son vinculantes y que corresponde al SEA como administrador del SEIA analizarlos y considerarlos en su justo mérito.

Centésimo trigésimo segundo. Que, para abordar esta alegación, se debe entender el marco normativo de funcionamiento de los OAECA entre los cuales está la CONADI, la cual se ha ajustado a legalidad al pedir los informes, aclaraciones y demás antecedentes dentro del proceso de evaluación, a saber, en los Informes Consolidados de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones y revisión de las Adendas respectivas.

Centésimo trigésimo tercero. Por otro lado, se advierte que en la medida que el titular fue avanzando y entregando información complementaria solicitada por CONADI en la Adenda complementaria, finalmente se pronuncia conforme según el Ord. N° 02 de 04 de enero de 2019, precisando que “(...) condicionado a la entrega de información, mediante una notificación oportuna a los Grupos Humanos Indígenas identificados en el proyecto, por una eventual interacción no prevista y evaluada con los sitios de significación cultural y áreas de actividades económicas identificadas en la presente evaluación, tomando las medidas de resguardo necesaria para evitar una eventual afectación”.

Centésimo trigésimo cuarto. Lo anterior, es especialmente sensible desde el punto de vista de proteger en forma preventiva los GHPPI, entre los que cuenta la AIASIQ, y en especial sus sistemas de vida y costumbres asociadas a la actividad agropecuaria de subsistencia en la localidad de Sabaya. Sin embargo, este tema ya no es responsabilidad de CONADI en su cumplimiento y abordaje, sino más bien del titular a modo de tener un actuar preventivo y de buena fe con las comunidades vecinas a su faena, y en particular con la AIASIQ, por ser la más cercana a uno de sus botaderos de lastre activos.

Centésimo trigésimo quinto. En este sentido, para estos sentenciadores, la reclamante no logra presentar elementos sustantivos en relación a una supuesta actuación ilegal de CONADI, de la Comisión de Evaluación Ambiental y del SEA durante el proceso de evaluación ambiental; evidenciando que dichas instituciones han actuado conforme a derecho sobre dicha temática, ateniéndose a sus facultades y atribuciones, y por tanto esta alegación será desestimada.

Centésimo trigésimo sexto. Que, dado lo expuesto en los párrafos precedentes, este Tribunal ha llegado a la convicción que la evaluación del Proyecto Adecuaciones en depósitos de lastre, caminos internos y campamento ha adolecido de errores sustanciales, lo que ha traído como consecuencia, que la RCA N° 11/2019 y la Res. Ex. N°20200110159 son ilegales, no ajustándose a derecho, y por lo tanto la reclamación interpuesta por la Asociación Indígena Agrícola San Isidro Quipisca será acogida en los términos que se indicará en el dispositivo del presente fallo.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N° 8 de la Ley N°20.600, disposiciones legales citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

I. Acoger la reclamación interpuesta a fs. 1 de estos autos y en consecuencia, se declara:

a.- La ilegalidad del acto administrativo impugnado, la Res. Ex. N°20200110159 de fecha 31 de agosto de 2020, dejándolo sin efecto.

b.- Consecuencialmente con lo anterior, ordenar la nulidad de la RCA N°11 de 6 de febrero de 2019 que aprobó el referido Proyecto.

II. No condenar en costas por tener motivos plausibles para litigar.

Se previene que el Ministro sr. Opazo concurre al fallo, salvo en cuanto a lo señalado en el considerando 39 y a las referencias a la estación Campamento, en tanto que la eventual contaminación de dicho lugar debe ser fiscalizada conforme a la legislación laboral, y por lo mismo no puede justificarse conforme a aquello el rechazo al proyecto en cuestión desde un punto de vista medio ambiental, sin perjuicio de lo cual los demás antecedentes referidos justifican la decisión adoptada.

Asimismo, se previene que el Ministro sr. Oviedo concurre al fallo acogiendo la reclamación únicamente por considerar que no existe la certidumbre razonable para descartar fehacientemente la no afectación a la salud de la población producto de las emisiones de MP10, MP2,5 y MPS del proyecto, en los términos del artículo 11 literal a) de la Ley 19.300.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas, y las prevenciones de sus autores.

Rol N° R-39-2020

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Juan Opazo Lagos, este último subrogando legalmente. No firma el Ministro Sr. Hernández, por haber cesado en su cargo, no obstante haber concurrido al acuerdo.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a doce de julio de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-41-2021

“Asociación de Productores y Exportadores Agrícolas del Valle de Copiapó y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Asociación de Productores y Exportadores Agrícolas del Valle de Copiapó, Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N° 1 “Aguas arriba del Embalse Lautaro”, Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N° 2 “Embalse Lautaro – La Puerta”, y la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N° 3 “La Puerta – Mal Paso”.
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente (SMA).
- Tercero(s) coadyuvante de la parte reclamada: Sociedad Contractual Minera Lumina Copper Chile S.A.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Los distintos reclamantes solicitaron al Tribunal dejar sin efecto la resolución de la SMA que aprobó el programa de cumplimiento (PdC) presentado por la Sociedad Contractual Minera Lumina Copper Chile S.A., ante diversos incumplimientos en el marco de la ejecución del proyecto “Caserones”, ubicado en la comuna de Tierra Amarilla, de la Región de Atacama.

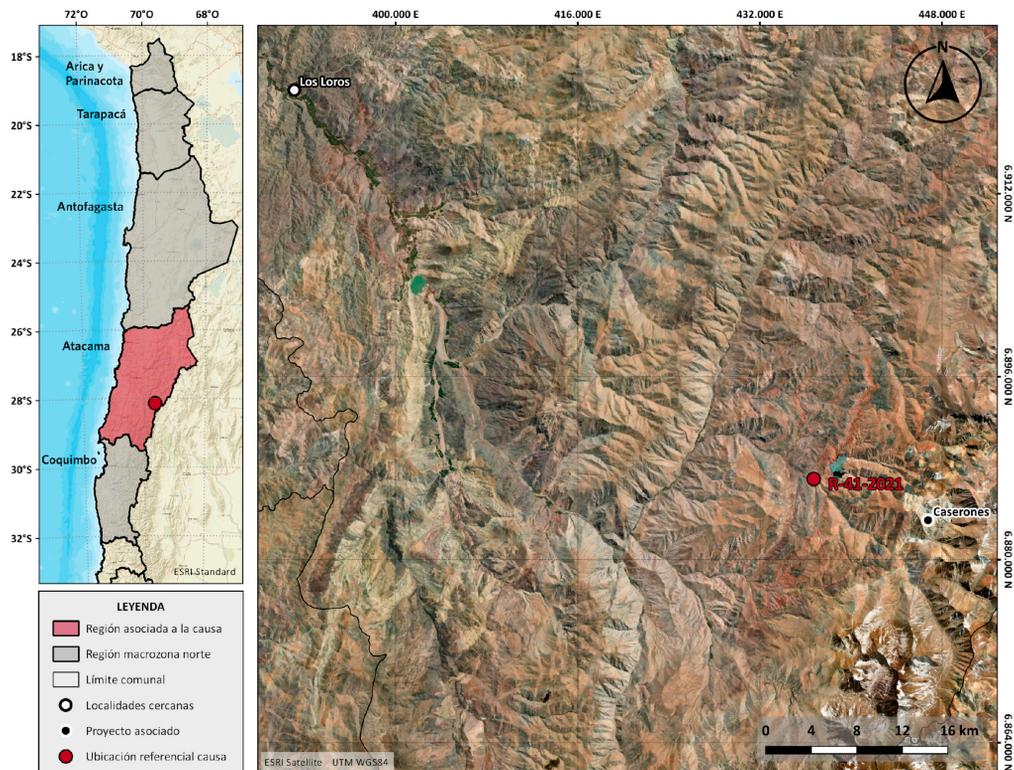
La mencionada resolución ordenó, además, continuar con el procedimiento administrativo sancionatorio respecto de dos infracciones que habrían causado un daño ambiental susceptible de reparación, por la alteración de la calidad de las aguas del acuífero en las quebradas La Brea y Caserones (cargos N°s 11 y 12).

Los actores señalaron que la aprobación del referido programa infringió los criterios de integridad y eficacia al no considerarse los efectos y las medidas asociados a los cargos N°s 11 y 12, lo que además constituyó una desviación del procedimiento. Lo anterior, ya que no existe norma legal que justifique la desagregación efectuada por la SMA.

Por su parte, la SMA señaló que conforme a la legislación el programa de cumplimiento no es procedente respecto de aquellas infracciones que causan daño ambiental. Además, la desagregación no generó perjuicio a la reclamante ni afectó el principio de confianza legítima.

En la sentencia, el Tribunal respaldó el actuar de la SMA y rechazó la reclamación.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Principales controversias

- i. Si es procedente el programa de cumplimiento para infracciones que han causado daño ambiental.
- ii. Si se ha cumplido el criterio de eficacia del programa de cumplimiento y la prohibición general de elusión de la responsabilidad.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la procedencia del programa de cumplimiento para infracciones que han causado daño ambiental, se estimó que aquél y el plan de reparación ambiental constituyen instituciones con objetivos distintos. Así, el programa de cumplimiento tiene por finalidad que el infractor retorne al cumplimiento de la normativa ambiental que se infringió en el menor tiempo posible. Por otro lado, el plan de reparación requiere de la aplicación de una sanción previa y procede en el caso de una infracción con resultado de daño al medio ambiente.

En la especie, la SMA consideró que respecto de los cargos N°s 11 y 12 se configuró un daño ambiental al haberse producido una alteración en la calidad de las aguas del acuífero en las quebradas La Brea y Caserones. Por ello, el Tribunal coincidió con el análisis de la SMA y estimó que es posible separar infracciones cuyo efecto sea la generación de un daño ambiental de aquellas que no lo generan, y someterlas a distintas vías de revisión y corrección.

- ii. Además, agregó que no se generan perjuicios a los reclamantes, toda vez que no se quebrantan sus derechos dentro del proceso, pudiendo interponer los recursos pertinentes en el marco del

procedimiento sancionatorio. Tampoco se vulneró el principio de confianza legítima ya que la SMA ha actuado en forma consistente y coherente en casos similares.

- iii. Por último, sobre el criterio de eficacia del programa de cumplimiento y la prohibición general de eludir la responsabilidad, el Tribunal consideró que las medidas N°s 11, 25 y 26 contenidas en el PdC, referidas al ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental y aprobación del proyecto de adecuación operacional, el diseño y ejecución de un programa educativo del pueblo Colla, y la ejecución del compromiso voluntario de entrega de agua desalada por un caudal de 50 l/s al pueblo de Caldera, respectivamente, eran idóneas y eficaces, por lo que la resolución de la SMA se encontraba revestida de razonabilidad y motivación suficiente.

6. Estado de la sentencia

En contra de la sentencia se interpuso por la parte reclamante recurso de casación en el fondo, actualmente en tramitación ante la Corte Suprema, en la causa Rol N° 75.804-2021.

SENTENCIA

Antofagasta, a treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. Con fecha 11 de marzo de 2021, comparece el abogado Sebastián Alejandro Leiva Astorga, en representación convencional de la **ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES Y EXPORTADORES AGRÍCOLAS DEL VALLE DE COPIAPÓ**; de la **COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRÁNEAS SECTOR N° 1 “AGUAS ARRIBA DEL EMBALSE LAUTARO”**; de la **COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRÁNEAS SECTOR N°2 “EMBALSE LAUTARO – LA PUERTA”** y de la **COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRÁNEAS SECTOR N° 3 “LA PUERTA – MAL PASO”**, (en adelante también las "reclamantes" o las "actoras"), todos con domicilio para estos efectos en calle Nueva de Lyon N° 145, piso N° 11, comuna de Providencia, quien interpuso reclamación judicial de conformidad a lo previsto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 15/Rol D-018-2019, de fecha 12 de febrero de 2021, dictada por la **SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE** (en adelante también “la reclamada” o “la SMA”), en virtud de la cual acogió el programa de cumplimiento presentado por la Sociedad Contractual Minera Lumina Copper Chile S.A., y que, además, ordenó la desagregación y continuar con el procedimiento administrativo sancionatorio respecto de los cargos N° 11 y 12.

En consecuencia, las reclamantes solicitaron tener por interpuesta la referida reclamación y, en definitiva, invalidar la Resolución Exenta N° 15/Rol D-018-2019 y ordenar el rechazo del programa de cumplimiento presentado por SCM Minera Lumina Copper Chile S.A. por haber infringido los criterios de integridad y eficacia establecidos en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente o, en subsidio, que se dispongan las medidas que esta magistratura estime oportunas para reestablecer el imperio del derecho. Todo lo anterior, con costas.

2. Por su parte, con fecha 30 de marzo de 2021, la abogada Pamela Torres Bustamante, en representación de la **SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE**, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, procedió a informar los motivos y fundamentos de la referida Resolución Exenta N° 15/Rol D-018-2019, (“Res. Ex. N° 15/2021”), en estos autos sobre reclamo de ilegalidad, solicitando el rechazo de la acción de reclamación deducida por considerar que la resolución reclamada es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

3. Con fecha 16 de marzo de 2021, comparece don Pablo Ortiz Chamorro, abogado, en representación de **SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE**, sociedad del giro de su denominación, ambos domiciliados para estos efectos en calle Badajoz N°45, piso 8, comuna de Las Condes, Santiago, titular del proyecto denominado “Proyecto Caserones” (en adelante también “el tercero”, “MLCC” o “la empresa”) cuyo programa de cumplimiento fue aprobado parcialmente en la resolución que pretende ser invalidada por las reclamantes. Solicitó comparecer en la presente causa en calidad de tercero independiente o, en subsidio, como coadyuvante de la parte reclamada, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 inciso final del Código de Procedimiento Civil.

1) Antecedentes del acto administrativo reclamado

1. El “Proyecto Caserones” ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental con fecha 20 de octubre de 2008, siendo calificado ambientalmente favorable a través de la Resolución Exenta N°13, de fecha 13 de enero de 2010, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama. Posteriormente, el proyecto fue objeto de distintas autorizaciones ambientales que dicen relación con la construcción y operación de la “Línea de Transmisión 2x220 kV Maitencillo – Caserones” (RCA N°151/2011, RCA N°17/2012 y, RCA N°48/2014) y la “Actualización mina caserones” (RCA N° 57/2014).

2. El proyecto Caserones tiene como objetivo la producción y venta de concentrado de cobre, cátodos de cobre y concentrado de molibdeno como resultado de la explotación a rajo abierto del yacimiento ubicado en el entorno del Cerro Caserones. El mineral sulfurado es sometido a una etapa de chancado primario para posteriormente ser procesado en una planta concentradora, en la que se realizan las operaciones de molienda y flotación.

Con el propósito de minimizar el consumo hídrico y energético, el proyecto deposita separadamente la fracción gruesa del relave (arenas) en el denominado “Depósito de arenas”, ubicado en la Quebrada Caserones, y la fracción fina del relave (lamas) en el “Depósito de lamas”, ubicado en la Quebrada La Brea.

El Proyecto se ubica en la III región de Atacama, en la provincia de Copiapó, en la comuna de Tierra Amarilla.

Finalmente, se debe señalar que el Proyecto considera una vida útil de 26 años.

3. Consta en el proceso que con fecha 19 de febrero de 2019 la SMA inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-018-2019, con la formulación de cargos en contra de SCM Minera Lumina Copper Chile S.A., contenida en la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-018-2019, por dieciocho hechos constitutivos de infracción, según el siguiente detalle:

Cargo N°1: Omisión de dar aviso a la autoridad competente, y ejecutar las acciones necesarias para hacerse cargo de los impactos ambientales no previstos, consistentes en la alteración progresiva del medio acuífero aguas abajo del depósito de lastre en los parámetros conductividad eléctrica, sólidos suspendidos totales y sulfatos, desde el mes de agosto de 2016.

Cargo N°2: Incumplimiento de las condiciones establecidas en el Plan de Remediación asociado a la operación del Depósito de Arenas, en Quebrada Caserones, en tanto SCM ha realizado las siguientes acciones: a.- Extracción de aguas subterráneas en un caudal mayor al autorizado durante la activación del Plan de Remediación, en los períodos indicados en la Tabla N° 14 de la Formulación de Cargos; y, b.- Construcción y operación de dos (2) pozos de remediación según lo descrito en la Tabla N°12 de la formulación de cargos.

Cargo N°3: Incumplimiento de las condiciones establecidas en el Plan de Remediación asociado a la operación del Depósito de Lamas, en Quebrada La Brea, en tanto SCM ha realizado las siguientes acciones: a. Extracción de aguas subterráneas en un caudal mayor al autorizado durante la activación del Plan de Remediación, en los períodos indicados en la Tabla N° 13 de la Formulación de Cargos; b. Construcción y operación de catorce (14) pozos de remediación adicionales asociados a la operación del Depósito de Lamas en Quebrada La Brea, extrayendo los caudales identificados en la Tabla N° 11.

Cargo N°4: Operación de la obra IP-A2 en forma distinta a la evaluada, en tanto: a) La compuerta de emergencia de la obra estaba construida pero no operativa, sin que pudiera acreditarse el funcionamiento de esta unidad durante la actividad de inspección del año 2015; y, b) El canal de hormigón que debía conducir las lamas derramadas a un acueducto que las llevase hacia el Depósito de Lamas se encontraba inhabilitado. Por su parte, la obra funcionaba con una tubería, no considerada en el diseño original, que se dirige hacia el Depósito de Lamas, la que se encontraba obstruida.

Cargo N°5: Falta de limpieza y restauración del terreno afectado por derrames de lamas ocurridos con anterioridad al evento de 20 de marzo de 2018.

Cargo N°6: Depositación de lamas, sin alcanzar el límite inferior fijado para el porcentaje de sólidos en estas, en los siguientes períodos: febrero, abril, mayo, junio, julio, noviembre y diciembre de 2015; de enero a noviembre de 2016; y, enero, mayo y junio de 2017.

Cargo N°7: Falta de instalación de peines en torres de la línea de transmisión eléctrica, según lo indicado en las Tablas N°s 4 y 5 de la formulación de cargos.

Cargo N°8: Falta de desarrollo de un programa educativo de difusión y sensibilización del pueblo Colla, previa coordinación con CONADI, respecto de sus trabajadores propios y empresas contratistas, en relación al Proyecto Caserones.

Cargo N°9: Incumplimiento del compromiso de entrega de agua desalada en la ciudad de Caldera, en un caudal de 50 l/s, en diversos períodos comprendidos entre enero de 2015 y julio de 2018, según lo indicado en el Gráfico N°18 y Tabla N°16, de la formulación de cargos.

Cargo N°10: Incumplimiento del compromiso de entrega de agua desalada en el canal Mal Paso, en un caudal de 100 l/s, en diversos períodos comprendidos entre marzo de 2015 y julio de 2018, según lo indicado en la Tabla N° 17, de la formulación de cargos.

Cargo N°11: Construcción de la zanja cortafuga, ubicada aguas abajo del Depósito de Lamas, sin cumplir con las condiciones constructivas establecidas durante la evaluación ambiental, al haberla habilitado solo en

el relleno aluvial y sin contar con las inyecciones de lechada de cemento que debían alcanzar la roca de baja permeabilidad.

Cargo N°12: Construcción de la zanja cortafuga, ubicada aguas abajo del Depósito de Arenas, sin cumplir con las condiciones constructivas establecidas durante la evaluación ambiental, al haberla habilitado solo en el relleno aluvial y sin contar con las inyecciones de lechada de cemento que debían alcanzar la roca de baja permeabilidad.

Cargo N°13: Cumplimiento parcial de la medida de reforestación contenida en el Plan de Manejo de Preservación, respecto a las especies *Prosopis chilensis* y *Prosopis flexuosa*, en tanto: a. Se ha plantado un menor número de los individuos comprometidos; b. Se ha plantado un área menor a la comprometida.

Cargo N°14: No haber ejecutado las acciones establecidas en el Plan de Monitoreo Robusto, cantidad, 2015, frente a la activación del Plan de Manejo Dinámico, en tanto: 1.-) No se ejecutó acción alguna con ocasión de la activación del PMD en PMR-01, en el período comprendido entre agosto y noviembre de 2017; 2.-) La aplicación no consistente del Plan de Monitoreo Robusto, Cantidad, 2015, frente a la activación del Plan de Manejo Dinámico en PMR-12, en el período comprendido entre junio y octubre de 2018.

Cargo N°15: Falta de monitoreo, y remisión de los resultados, del punto ubicado aguas abajo del muro cortafugas asociado al Depósito de Lastre, entre abril de 2015 y mayo de 2016.

Cargo N°16: Cumplimiento parcial de las acciones ordenadas por la Res. Ex. N° 384/2018, de la SMA, por los siguientes hechos: a.- Retraso en la ejecución de la limpieza de Quebrada Variante 2, ordenada por la Res. Ex. 384/2018; b.- No haber capturado y relocalizado individuos de herpetofauna y micromamíferos, ordenada por la Res. Ex. 384/2018, dentro del plazo establecido al efecto.

Cargo N°17: Falta de respuesta al requerimiento de información, formulado en Acta de Inspección de 14 de noviembre de 2016, sobre análisis de calidad de agua de deshielo en sector aguas abajo del Depósito de Lastre.

Cargo N°18: No haber informado en el Sistema RCA la totalidad de las respuestas a solicitudes de pertinencia relacionadas con el Proyecto Caserones y su modificación, aprobados por RCA N° 13/2010 y RCA N° 57/2014, respectivamente.

4. Consta que con fecha 12 de marzo de 2019, el titular del Proyecto presentó una propuesta de Programa de Cumplimiento (“PDC”).

5. Con fecha 27 de noviembre de 2020, los interesados APECO y Comunidades de Aguas Subterráneas N° 1, 2 y 3, presentaron observaciones al mencionado PDC.

6. Por último, con fecha 12 de febrero de 2021, mediante la Res. Ex. N° 15/ Rol D-018-2019, la SMA aprobó el PDC presentado por MLCC. De igual forma, resolvió desagregar y continuar con el procedimiento, por cuerda separada, sólo respecto de los cargos N°11 y 12, y suspender parcialmente el procedimiento administrativo sancionatorio respecto de los cargos N°1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17 y 18.

7. La referida resolución exenta fue notificada con fecha 17 de febrero de 2021 no siendo objeto de reposición administrativa, ni por el titular ni por algún interesado.

2) Antecedentes de la reclamación judicial.

A fs. 1 y siguientes, consta la reclamación judicial interpuesta por la Asociación de Productores y Exportadores Agrícolas del Valle de Copiapó; la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N° 1 “Aguas Arriba del Embalse Lautaro”; la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N°2 “Embalse Lautaro – La Puerta” y la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N° 3 “LA Puerta – Mal Paso”, dirigida en contra de la Resolución Exenta N° 15/ Rol D-018-2019 de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En dicha reclamación las actoras solicitan la invalidación de la resolución exenta impugnada, y se ordene rechazar el programa de cumplimiento presentado por MLCC o, en subsidio, se dispongan las medidas que este Tribunal estime oportunas para restablecer el imperio del Derecho.

En el primer otrosí de la aludida presentación y de conformidad a lo previsto en el artículo 24 de la Ley N° 20.600, las reclamantes solicitaron la medida precautoria de suspensión de los efectos de la Res. Ex. N° 15/2021, hasta finalizar el procedimiento judicial de marras.

A fs. 116, el Tribunal admitió a trámite la referida reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600. Asimismo, confirió traslado respecto de la solicitud de medida precautoria.

A fs. 118, el abogado Pablo Ortiz Chamorro, en representación de MLCC solicitó hacerse parte en calidad de tercero independiente y, en subsidio, como tercero coadyuvante de la parte reclamada. Además, se opuso a la medida cautelar solicitada por las reclamantes. Asimismo, acompañó copia de escritura pública de mandato judicial donde consta la personería de los abogados Javier Vergara Fisher, Cecilia Urbina Benavides, Artemio Aguilar Martínez, Fabiola Soto Lavín y Sofía Vergara Mayo.

A fs. 231, la Superintendencia del Medio Ambiente evacuó el traslado respecto de la medida cautelar, solicitando su rechazo al no cumplir con los requisitos legales de procedencia. Además, confirió patrocinio y poder, y solicitó ampliación de plazo para evacuar el informe, el que fue concedido mediante resolución de fecha 19 de marzo de 2021 en los términos solicitados.

A fs. 246 el Tribunal acogió la comparecencia de la MLCC como tercero coadyuvante de la parte reclamada.

A fs. 248, el Tribunal rechazó la medida cautelar solicitada por la parte reclamante.

A fs. 252, la reclamada evacuó su informe, solicitando el rechazo, en todas sus partes, de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

A fs. 22534, el Tribunal tuvo por evacuado el informe.

A fs. 22535, el Sr. relator certificó que la causa se encontraba en estado de relación.

A fs. 22536, se decretó autos en relación y se fijó la vista de la causa para el día miércoles 05 de mayo de 2021, a las 10:00 horas, por videoconferencia.

A fs. 22541, MLCC pidió al Tribunal tener presente una serie de antecedentes de hecho y de derecho, al momento de resolver la controversia. A fs. 24145, el Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 24153, consta que con fecha 05 de mayo de 2021 se llevó a efecto la vista de la causa. Alegó por la parte reclamante, el Sr. Sebastián Leiva Astorga; por la parte reclamada, la Sra. Pamela Torres Bustamante; y, del tercero coadyuvante de la parte reclamada, la Sra. Cecilia Urbina Benavides.

A fs. 24154, consta certificación de causa en estudio.

A fs. 24155, el Tribunal decretó como medida para mejor resolver, la inspección personal del tribunal a las obras e infraestructura asociadas al sistema de control de infiltraciones del depósito de lamas en la quebrada La Brea y el sistema de pozos de monitoreo del proyecto minero "Caserones", para el día jueves 13 de mayo de 2021.

A fs. 24161, la reclamada solicitó la suspensión de la inspección personal, la que fue rechazada por el Tribunal a fs. 24163.

A fs. 24441, consta acta de la diligencia de inspección personal del tribunal.

A fs. 24465, consta certificado de acuerdo.

A fs. 24466, el Tribunal designó como redactor de la sentencia al Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

CONSIDERANDO:

a) Argumentos de la reclamante

Primero. Que, la reclamación de autos está basada en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

a) En primer término, alega la desviación de fin o del procedimiento al desagregarse dos de los dieciocho cargos formulados en la Res. Ex. N° 1/D-018-2019. De esta forma, se atenta contra la finalidad de poner término al procedimiento administrativo sancionador, a través del programa de cumplimiento.

b) Asimismo, sostiene que con la desagregación de los cargos 11 y 12 se infringe el criterio de integridad previsto en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 30/2012, en relación con el artículo 41 inciso 7° de la LOSMA.

c) Asevera que la Res. Ex. N° 15/2021 incurre además en la causal de ilegalidad de inexistencia de motivo legal o motivo invocado toda vez que el fundamento aducido por la autoridad no constituye una causal regulada que

habilite la desagregación del procedimiento administrativo. Al efecto cita el considerando 17° de la resolución impugnada que, refiriéndose a las infracciones desagregadas, señala lo siguiente: “En cuanto a dos de los cargos (N°s 11 y 12) la Res. Ex. N° 4 / Rol D-018-2019, ... expuso: 25. En este sentido, la improcedencia del Programa de Cumplimiento en los casos de infracciones que han sido calificadas como daño ambiental se funda en que el ordenamiento jurídico contempla otras formas idóneas especialmente previstas y diseñadas para ejecutar e internalizar los costos de una reparación ambiental de manera que el titular causante de un daño ambiental asuma la carga de prevenir y eliminar la afectación que ocasionó. 26. Así, siendo evidente que el daño ambiental tiene una especial regulación y protección, incluido un especial mecanismo de incentivo al cumplimiento creado para hacerle frente, no procede aplicarle a estas hipótesis otros instrumentos que no resultan idóneos ni ajustados a estas particularidades, por lo que el Programa de Cumplimiento cede a otros instrumentos especialmente previstos para este desvalor”.

En este sentido, las reclamantes explican que la Superintendencia no entrega ningún argumento sobre la norma que fija la potestad para desagregar el procedimiento administrativo sancionador. Por el contrario, indica que la resolución reclamada infringe el artículo 42 de la LOSMA, la que establece los casos específicos en que no es procedente la presentación de un PDC. Por lo tanto, la SMA funda su actuar en una causal inexistente.

En este contexto, a juicio de la actora, el citado razonamiento infringe además el principio de jerarquía normativa toda vez que, si la SMA sustentara su actuar en la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental”, dicha decisión sería injustificada ya que la referida guía no puede complementar las causales imperativas dispuestas en el artículo 42 inciso 3° de la LOSMA y artículo 6° del Decreto Supremo N° 30/2012, ni tampoco habilita a la Administración a crear nuevas causales que permitan disgregar el procedimiento sancionatorio.

Concluye que no existe una incompatibilidad entre los programas de cumplimiento y los planes de reparación ambiental. Al respecto las reclamantes sostienen que lo correcto es que el infractor incluya tales cargos y reconozca tal circunstancia en su PDC, cumpla satisfactoriamente con las medidas, para luego acogerse voluntariamente a un eventual Plan de Reparación o enfrentar la correspondiente demanda por daño ambiental.

d) Como alegación de fondo desarrollada bajo el epígrafe “violación de la ley de fondo atinente a la materia”, la reclamante acusa la infracción al criterio de eficacia y la prohibición general de eludir a la responsabilidad respecto de las siguientes acciones o medidas:

i. En relación a la acción N° 11 que corresponde al ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) del Proyecto “Adecuación Operacional Faena Minera Caserones” la SMA expresa que con su aprobación se está legitimando el incumplimiento de MLCC al permitir consolidar una situación calificada de irregular y transformar en permanente una medida que en su diseño original debía operar de forma temporal. Además, sostiene que la medida no neutraliza la extracción de agua por un caudal mayor al autorizado ambientalmente. Al respecto cabe señalar que la referida acción considera la evaluación ambiental del sistema de control de infiltraciones mediante la incorporación de pozos adicionales de bombeo de recuperación de aguas, lo que, en conjunto con el sistema de drenaje, zanja cortafuga y pozos de remediación, permitirán captar las infiltraciones y devolverlas al área de proceso.

ii. En lo que respecta a la acción N° 25, correspondiente al diseño y ejecución del programa educativo de difusión y sensibilización del pueblo Colla, previa coordinación con CONADI, las reclamantes refieren que tratándose del incumplimiento prolongado de una medida compensatoria que buscaba hacerse cargo de impactos significativos, no es posible lograr el equilibrio en los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, a través del cumplimiento de la misma medida incumplida toda vez que la alteración a los sistemas de arraigo y cohesión social de los grupos humanos ya se verificó. Concluye que, en este caso, el PdC produce la impunidad de la infracción cometida y perfecciona la prohibición de eludir la responsabilidad.

iii. En relación a la acción N° 26 asociada a la ejecución del compromiso voluntario de entrega de agua desalada en la ciudad de Caldera en un caudal de 50 l/s de acuerdo a lo dispuesto en el Cons. 4.2, numeral II.9, N°1, de la RCA N° 13/2010, señala la actora que, como resultado de la infracción referida al cargo N° 9, se ha verificado el impacto significativo que no se ha mitigado, compensando o reparado y, por lo tanto, no es admisible atribuirle a esta medida un efecto equivalente que pueda neutralizar los efectos de la infracción.

e) Luego, las reclamantes se refieren a la infracción al principio de confianza legítima que se configura en base a una situación jurídica preexistente consolidada a partir de lo resuelto en el procedimiento administrativo sancionatorio D-011-2015, a propósito del rechazo programa de cumplimiento presentado por Compañía Minera Nevada. Dicho rechazo se fundamentó en la circunstancia de no haberse incluido en el PDC la totalidad de los

cargos formulados. De esta forma, no es una facultad del infractor ni tampoco de la SMA elegir en cuáles cargos corresponde o no incluirlos en un PDC. Señala la actora que la referida aplicación del criterio de integridad generó una hipótesis de confianza legítima digna de protección y que ha sido transgredida al desagregar el procedimiento sin causa legal alguna.

Finalmente, y en relación a los perjuicios provocados con la Res. Ex. N° 15/2020 sostienen que no se circunscriben a vicios meramente formales, sino que también de fondo y que redundan en una serie de aspectos perjudiciales en el medio ambiente, especialmente en el ecosistema asociado al proyecto y en el recurso hídrico, del cual los reclamantes son usuarios. Además, aseveran que existen perjuicios que son perpetuados con la regularización de los incumplimientos operacionales.

b) Argumentos de la reclamada

Segundo. Que, por su parte, la reclamada en su informe expone que la resolución exenta reclamada es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, conforme a las siguientes excepciones o defensas:

a) En relación a la supuesta demora de la SMA en la formulación de cargos y la aprobación del PdC sostiene que, junto con realizar una cantidad importante de actividades de fiscalización, las alegaciones efectuadas en esta materia no constituyen un vicio de legalidad imputable a la resolución reclamada. Asimismo, señala que el plazo transcurrido para la aprobación del PdC es razonable atendida la cantidad y complejidad de los cargos imputados y las acciones propuestas por la empresa.

b) Sobre la supuesta infracción al criterio de eficacia establecido en el artículo 9 letra b) del DS N° 30/2012 y al descarte de los efectos de las infracciones imputadas, en términos generales, sostiene lo siguiente:

Respecto de la infracción asociada al cargo N° 3 señala que el titular logró acreditar la no generación de efectos tanto en cantidad como en la calidad del recurso hídrico. Lo anterior se sustenta principalmente con el resultado de los análisis isotópicos realizados por la empresa en virtud del cual se constata que la mayoría de las aguas infiltradas provienen de aguas de proceso. Asimismo, el caudal de aguas naturales extraídas es inferior a los derechos de aprovechamiento de aguas autorizados por el PMR. Respecto de las aguas subterráneas, el pozo POB-06B demostró un comportamiento estable de profundidad antes y durante la depositación de lamas y la consecuente mayor extracción de caudales desde la barrera de remediación/recuperación. En relación a las aguas superficiales, señala que de la comparación de los caudales medidos en los puntos LM-10 con la estación LM-27 es posible advertir que no existen diferencias significativas durante los meses posteriores al comienzo del bombeo de los pozos de remediación/recuperación. Asimismo, del análisis de los caudales históricos de aguas superficiales medidos en los ríos Ramadillas y Pulido la reclamante acreditó que no existe un efecto producto del bombeo de los pozos de remediación y recuperación de las quebradas Caserones y La Brea a nivel de aguas superficiales, y que dichas variaciones entre los años 2015 a 2017 responden a la disminución de las precipitaciones registradas en la estación meteorológica Carrizalillo. Respecto de los niveles de las aguas subterráneas se señala que en el sistema acuífero del río Ramadillas se identifican niveles más profundos durante el año 2015, recuperándose a partir del año 2016, mientras que en el sistema acuífero del río Pulido no se evidencian diferencias en los niveles de agua subterránea respecto de los niveles históricos medidos años anteriores. Todo lo anterior sería coherente con la información entregada por la empresa en los informes de seguimiento ambiental de acuerdo a lo validado por la DGA en sus Ordinarios 25/2019 y 48/2019.

En consecuencia, al haberse descartado la generación de efectos negativos en relación a la disponibilidad del recurso hídrico producto del bombeo de los pozos de recuperación y remediación, no procede considerar acciones específicas para hacerse cargo de los mismos.

En lo que se refiere a la acción N° 11 la reclamada señala que esta consiste en la evaluación ambiental del sistema de control de infiltraciones que ahora considera la incorporación de pozos adicionales de bombeo de recuperación de aguas dentro del denominado “Plan Dinámico de Extracciones”, la cual se encuentra en ejecución desde el mes de junio de 2020. La Superintendencia estima que la regularización de la operación de los pozos de remediación/recuperación a través de su evaluación ambiental, es la medida más eficaz para contener la pluma de contaminación hacia el acuífero, con extracciones controladas de aguas naturales y de proceso. Además, sostiene que en dicho proceso de evaluación la DGA se deberá pronunciar sobre la aplicación de la Circular N° 3/2018.

Sobre el particular, la SMA descarta también que MLCC se esté aprovechando de su infracción, eludiendo su responsabilidad o presentando acciones dilatorias toda vez que no está extrayendo más aguas de los derechos de

aprovechamiento de agua otorgados en el conjunto de pozos asociados al depósito de lamas, y porque, además, no capta más aguas naturales de las autorizadas globalmente.

Asevera que la medida de ingreso al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental ya referida, tampoco resulta ser dilatoria ya que la SMA fijó un plazo de ejecución acorde con los términos dispuestos para proyectos de similares características.

En relación al cargo N°8 y al descarte de los efectos negativos de la infracción, la SMA sostiene que la empresa pudo acreditar la no generación de los mismos al haberse realizado por parte de la empresa diversas actividades complementarias que permitieron alcanzar los objetivos propuestos de difusión y socialización de las costumbres y tradiciones del pueblo Colla, pese a no haber sido coordinadas con la CONADI. Entre estas acciones destaca la difusión escrita y radial de las tradiciones y costumbres del pueblo Colla y charlas de capacitación a operadores asociados al tendido eléctrico de caserones y operadores en su fase preoperacional.

En lo referido a la acción N° 25 cuestionada por las reclamantes, la SMA señala que en virtud de esta medida la empresa se compromete a volver al estado de cumplimiento normativo calificándola como adecuada y acorde con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.

En relación al cargo N° 9 la Superintendencia sostiene que es un error entender que todo incumplimiento de todo compromiso ambiental voluntario genera un impacto significativo. Lo anterior se desprende del tenor literal de los artículos 18 y 19 del RSEIA que distingue entre aquellos compromisos ambientales voluntarios que se hacen cargo de impactos significativos, de aquellos que no. Añade que en relación a esta infracción no se generaron efectos negativos ya que el caudal entregado de agua desalada permitió mejorar la calidad del agua entregada a la población en el proceso de mezcla que realiza Aguas Chañar de agua desalada con agua subterránea proveniente del valle del río Copiapó (Sector 6) y, además, el caudal no entregado corresponde a un 2,5% del total de derechos de aprovechamiento de aguas constituidos en el Sector 6 del acuífero del río Copiapó que equivale a 17 l/s. Indica que el PDC contempla además la habilitación de un nuevo punto de agua desalada que permitirá la entrega de agua desalada en un caudal de 50 l/s que permitirá el abastecimiento de diversas localidades del territorio concesionado y, adicionalmente, los saldos que durante la ejecución del PDC pudieran no haberse entregado y, por último, la entrega del volumen de agua no entregado (2.500.310 m³) mediante el traspaso de agua a la concesionaria sanitaria Aguas Chañar para su distribución en el territorio concesionado.

c) Sobre la improcedencia del Programa de Cumplimiento para infracciones que han causado daño ambiental, la SMA señala lo siguiente:

i. La SMA ha cumplido cabalmente con el principio de integridad en la aprobación del PDC ya que la improcedencia de un PDC se debe a las características de las infracciones concretas, sus implicancias y el contexto regulatorio ambiental en que se inserten. En este sentido precisa que de la ley se puede deducir que no es procedente un PDC frente a una hipótesis de daño ambiental por existir otros mecanismos jurídicos aplicables. Así, señala, ante una hipótesis infraccional de daño ambiental el artículo 43 de la LOSMA exige la tramitación de un procedimiento previo y la imposición de una sanción para proceder con la presentación de un Plan de Reparación. Asimismo, señala la reclamada que las acciones de reparación de daño ambiental sólo pueden ser analizadas en el marco del Plan de Reparación.

La referida improcedencia fluiría de la correcta interpretación de las normas que regulan la institucionalidad ambiental. Para estos efectos la reclamada recurre a los elementos de interpretación que establece nuestro Código Civil, en sus artículos 9 y siguientes.

ii. El PDC no es un derecho del titular que deba operar a todo evento ya que solo cumple su objetivo a través de medidas que permitan volver al cumplimiento de la normativa ambiental, mientras que con la desagregación de los cargos 11 y 12 la SMA está cumpliendo con la finalidad propia del procedimiento sancionatorio que consiste en obtener la responsabilidad del infractor y, a la vez, proteger el medio ambiente.

iii. La improcedencia del PDC respecto de los cargos 11 y 12 no genera perjuicios a los reclamantes toda vez que el derecho a presentar un PDC corresponde únicamente al presunto infractor y no a los interesados del procedimiento. Por lo tanto, los reclamantes no pueden alegar perjuicio por la circunstancia que respecto de dos cargos el procedimiento sancionatorio siga su curso normal. A mayor abundamiento, señala la SMA que la desagregación de los cargos 11 y 12 se encuentra en armonía con los intereses de los denunciantes.

iv. Sobre la supuesta transgresión al principio de confianza legítima la SMA se refiere a la Resolución Exenta N° 7/Rol D-011-2015 en virtud de la cual rechazó el PDC presentado por Compañía Minera Nevada SpA indicando

en dicha oportunidad el incumplimiento del principio de integridad se verificó al no haberse incluido en el programa todos los cargos respecto de los cuales era procedente el PDC. En consecuencia, señala que el actuar de la SMA ha sido consistente con la práctica del Servicio. Por el contrario, sostiene que anteriormente la Superintendencia ya había aplicado el mismo criterio sosteniendo la improcedencia del PDC frente a hipótesis de daño ambiental. Al efecto cita los PDC presentados por Inversiones Andacollo Limitada y Minera Candelaria en los procedimientos sancionatorios D-039-2019 y D-018-2015, respectivamente, los cuales fueron rechazados por haberse verificado la existencia de daño ambiental. Asimismo, la SMA ya habría aprobado un PDC y al mismo tiempo ordenado desagregar aquellos cargos con daño ambiental, como ocurrió en el procedimiento sancionatorio F-009-2018 respecto del PDC presentado por Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero.

c) Argumentos del tercero coadyuvante de la parte reclamada

Tercero. Por último, el tercero coadyuvante de la Reclamada solicitó se tuviera presente que:

- a) La reclamación es improcedente por cuanto se interpone en contra de un acto de mero trámite, no cualificado.
- b) El PDC cumplió con todos los requisitos de procedencia exigidos por la LOSMA y el Reglamento.
- c) El PDC cumplió con todos los requisitos de aprobación establecidos en el artículo 9 del DS N° 30/2012.
- d) La desagregación de los cargos 11 y 12 no generan un perjuicio reparable únicamente con la declaración de la nulidad.

Determinación de las controversias

Cuarto. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada como, asimismo, del tercero coadyuvante, se han determinado las siguientes controversias:

- I. Procedencia del Programa de Cumplimiento para infracciones que han causado daño ambiental.
- II. Sobre el criterio de eficacia del Programa de Cumplimiento y la prohibición general de eludir a la responsabilidad.

I. Procedencia del Programa de Cumplimiento para infracciones que han causado daño ambiental.

Quinto. Las reclamantes han sostenido que el Programa de Cumplimiento aprobado por la Superintendencia infringe el criterio de integridad al no considerar los efectos y medidas asociados a los cargos 11 y 12. Lo anterior, luego que la SMA decidiera desagregarlos por considerar que a su respecto no es procedente el instrumento del PDC, por tratarse de infracciones que han producido un daño ambiental susceptible de reparación. A juicio de la autoridad, los referidos tipos infraccionales sólo pueden ser objeto de un Plan de Reparación Ambiental (PRA) una vez concluido el procedimiento sancionatorio respectivo.

Sexto. Al respecto la actora precisa que el PDC se constituye esencialmente como una alternativa a la sanción administrativa y, en consecuencia, como una forma anormal de poner término al procedimiento administrativo. Por lo tanto, la referida desagregación atentaría contra la finalidad procedimental propia de este tipo de instrumentos, provocándose una desviación del procedimiento.

Séptimo. Como primera sub alegación de fondo, las reclamantes arguyen sobre la inexistencia o ausencia de una norma legal que justifique la referida desagregación, toda vez que ninguna de las hipótesis que establece el inciso 3° del artículo 42 de la LOSMA son aplicables en el presente caso. Por el contrario, asevera que la autoridad motivó su actuar en una causal no contemplada en el ordenamiento jurídico.

Octavo. Como segunda sub alegación de fondo, la actora sostiene que con la desagregación se ha quebrantado el principio de la jerarquía normativa al eventualmente justificarse la desagregación en consideración a lo previsto en el capítulo 1.3 de la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental” de la Superintendencia del Medio Ambiente. La citada guía previene en su capítulo 1.3 lo siguiente: “Por otra parte, la presentación de un PDC no es procedente en caso de infracciones que

hayan causado daño ambiental, sea éste susceptible, o no, de reparación, por existir en la misma LO-SMA o en la Ley N° 19.300, otros mecanismos jurídicos aplicables a infracciones que hayan ocasionado daño ambiental”.

En relación a lo señalado precedentemente, aseveran las reclamantes que la Guía no cuenta con la jerarquía normativa suficiente para establecer causales de improcedencia de un PDC, adicionales o distintas a las previstas por la LOSMA y el DS N° 30/2012. A mayor abundamiento, y siguiendo al profesor Enrique Silva Cimma, agregan que la Guía no tiene una función complementaria o interpretativa de algunas de las causales o normas impeditivas previstas en la ley, ni tampoco responde a una actividad discrecional de la autoridad.

Noveno. En tercer término, y en relación a la supuesta incompatibilidad entre el PDC y los Planes de Reparación Ambiental (PRA), sostiene las reclamantes que no existe obstáculo para que ambos instrumentos se apliquen sucesivamente en momentos distintos, ya que ambos tienen por objeto final la protección del medio ambiente. A su juicio, procede que se incorporen en el PDC las infracciones que ocasionan daño ambiental para cumplir con la normativa respectiva. Luego, y después de haberse dado cumplimiento satisfactoriamente a las medidas comprometidas en el Programa de Cumplimiento, el infractor podría acogerse voluntariamente a un Plan de Reparación Ambiental. Tal conclusión la extrae del artículo 43 de la LOSMA al utilizar la expresión “sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan...” ya que consideran que el cumplimiento satisfactorio de un PDC constituye un equivalente procesal al procedimiento sancionatorio.

Décimo. Agrega la actora que el daño ambiental se enmarca dentro de un contexto netamente jurisdiccional, mientras que el Programa de Cumplimiento se enmarca dentro de un procedimiento netamente administrativo. Por lo tanto, el PDC y el Plan de Reparación Ambiental se desarrollan en instancias diversas, no equivalentes y, por lo tanto, son mecanismos compatibles. Concluye que el PDC siempre precede al Plan de Reparación Ambiental.

Undécimo. Finalmente, en esta materia, la actora sostiene que con la exclusión de dos de los cargos del PDC se vulnera el criterio de integridad ya que el infractor debe hacerse cargo de todas las infracciones en las que ha incurrido. Al efecto cita la doctrina y jurisprudencia que indicarían que no el incluir todos los incumplimientos contenidos en la formulación de cargos en el PDC, impediría producir los efectos de suspensión y término del procedimiento administrativo que se pretenden con dicho instrumento, como también que la SMA no está facultada para elegir qué cargos se incorporan a un PDC ya que de lo contrario se genera la desnaturalización de la finalidad del mismo.

Duodécimo. Por su parte, la Superintendencia de Medio Ambiente indica que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOSMA y del DS N° 30/2012, el PDC es procedente en ciertos casos, no siendo aplicable para aquellas infracciones que causan daño ambiental. Lo anterior se debe a las características de dichas infracciones, sus implicancias y el contexto regulatorio ambiental en que se insertan, tal como se explica a continuación.

Decimotercero. En efecto, la SMA señala que de conformidad a lo previsto en el artículo 43 de la LOSMA, se exige la tramitación completa del procedimiento sancionatorio para poder presentar un Plan de Reparación. Dicha exigencia, a juicio de la reclamada, se justifica por tres razones: a) el estándar probatorio que se requiere para acreditar el daño ambiental, el que no es posible alcanzar en la etapa temprana de formulación de cargos, sino que una vez transcurrida la etapa probatoria respectiva; b) la necesidad de una sanción previa con el objeto de hacer doblemente responsable al infractor, sancionándolo y obligarlo a la reparación del daño a través del PRA y c) la reparación del componente ambiental dañado debe ser analizado a través del instrumento al cumplimiento específico ideado al efecto, esto es, el Plan de Reparación. La especialidad del PRA se deduce del pronunciamiento previo y vinculante del Servicio de Evaluación Ambiental sobre los aspectos técnicos del mismo, al no existir un procedimiento y orgánica especializada para abordar este tipo de infracciones. Reitera la SMA que el PDC no es el instrumento idóneo ya que no existen acciones que puedan establecerse en este tipo de instrumentos que permitan recomponer el medio ambiente dañado.

Decimocuarto. Asimismo, la SMA indica que la improcedencia del PDC fluye de la correcta interpretación de las normas que regulan la institucionalidad ambiental, según los distintos elementos de interpretación consagrados en el Código Civil. Al respecto señala que, de acuerdo a todos los elementos de interpretación, conlleva a concluir que el PDC no es procedente respecto de infracciones que han ocasionado daño ambiental ya que de lo contrario se desvirtúan los demás instrumentos ideados por el legislador y los fines perseguidos por la institucionalidad ambiental.

Decimoquinto. La Superintendencia también sostiene que el PDC cumple con el criterio de integridad previsto en el artículo 9° del DS N° 30/2012 toda vez que pudo verificar que las acciones y metas presentadas en dicho

instrumento se hacían cargo de las infracciones respecto de las cuales sí era posible presentar un programa de cumplimiento.

Decimosexto. Luego, la reclamada aduce que el PDC no es un derecho que deba operar a todo evento ya que dependerá del cumplimiento de los fines propios de dicho instrumento a través de las medidas que permitan volver al cumplimiento de la normativa ambiental. Refiere la SMA que existen casos, fuera de los contemplados en el artículo 6° del DS N° 30/2012, que no hacen procedente el PDC, como por ejemplo cuando el proyecto ya ha terminado, donde no hay posibilidad de revertir el incumplimiento.

Decimoséptimo. La SMA complementa aseverando que la desagregación de los cargos 11 y 12 no genera perjuicios a las reclamantes ya que no tienen el derecho de exigir al infractor la presentación de un PDC. Asimismo, sostiene la SMA, que la desagregación se condice con los intereses de los denunciantes, esto es, sancionar al responsable de la infracción.

Decimooctavo. Finalmente, la reclamada se refiere a la supuesta transgresión del principio de confianza legítima. Al respecto señala que el actuar de la SMA ha sido consistente con sus propios precedentes a propósito de la improcedencia del PDC ante una hipótesis de daño ambiental, tal como ocurrió en el procedimiento administrativo sancionatorio F-009-2018.

Decimonoveno. Que, para realizar un adecuado análisis acerca de la legalidad del acto administrativo impugnado se hace necesario revisar previamente el marco normativo aplicable, particularmente aquel que regula los denominados Planes de Reparación Ambiental (PRA).

Vigésimo. En dicho contexto, el artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300 define al daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

En tanto, el origen normativo de la reparación del medio ambiente dañado se extrae del artículo 3 de la Ley N° 19.300, que dispone: “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2 letra s) de la Ley N° 19.300, la reparación es definida como “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

Vigésimo primero. Mientras que el artículo 2° letra f) del DS N° 30/2012 define al plan de reparación como aquel “documento que contiene los objetivos y medidas de reparación del daño ambiental causado, presentado por el infractor conforme a lo previsto en el presente Reglamento, avalado por un estudio técnico ambiental”.

Vigésimo segundo. Por su parte, el inciso cuarto del artículo 43 de la LOSMA dispone que “si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental”.

Complementando lo anterior, el Decreto Supremo N° 30/2012 en su artículo 17 precisa que “el plan de reparación podrá ser presentado, únicamente, mientras no se haya notificado al infractor la resolución que provee la acción contemplada en el artículo 53 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente o la resolución que provee alguna de las medidas contempladas en el artículo 24 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales”.

Continúa indicando que una vez “finalizado el procedimiento administrativo sancionatorio constatando la existencia de daño ambiental, la Superintendencia enviará al Consejo de Defensa del Estado, copia de la resolución que pone término al procedimiento administrativo sancionatorio, junto con todos los antecedentes que se encuentren en poder de la Superintendencia y que dan cuenta del daño ambiental causado por el infractor, para efectos de ejercer la acción por daño ambiental”.

Vigésimo tercero. Despejado el elemento normativo aplicable, y ya en lo que dice relación con la descripción de la infracción contenida en el cargo 11, esta dice relación con la construcción de la zanja cortafuga, ubicada aguas abajo del Depósito de Lamas, sin cumplir con las condiciones constructivas establecidas durante la evaluación

ambiental, al haberla habilitado solo en el relleno aluvial y sin contar con las inyecciones de lechada de cemento que debían alcanzar la roca de baja permeabilidad.

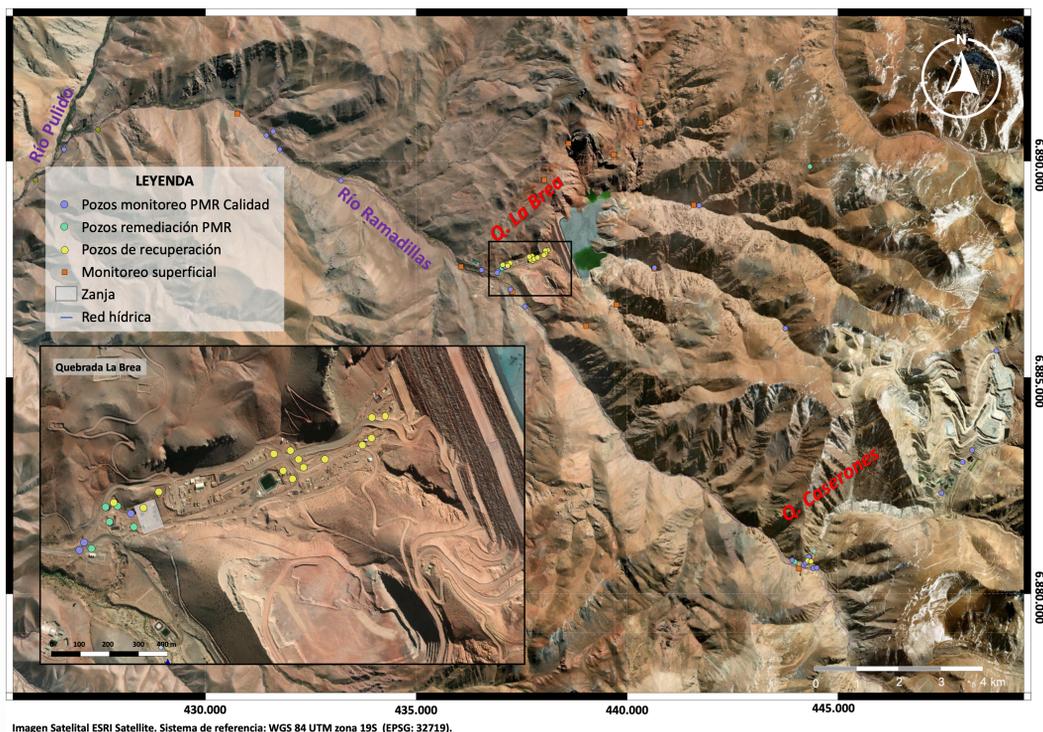
En tanto, la infracción contenida en el cargo 12 se describe en términos similares a la anterior, pero esta vez relacionada con el Depósito de Arenas, en relación a la construcción de la zanja cortafuga, ubicada aguas abajo del Depósito de Arenas, sin cumplir con las condiciones constructivas establecidas durante la evaluación ambiental, al haberla habilitado solo en el relleno aluvial y sin contar con las inyecciones de lechada de cemento que debían alcanzar la roca de baja permeabilidad.

Como es posible advertir, ambos cargos dicen relación con el diseño y ejecución de un complejo sistema de control de infiltraciones provenientes de los depósitos de arenas y de lamas, del proyecto minero Caserones, razón por la cual se hace necesario describir los aspectos técnicos y de diseño más relevantes. Como sistema de control en las quebradas La Brea y Caserones, el proyecto dispone de un sistema que considera dos zanjas cortafugas cada una ubicada aguas abajo de ambos depósitos, además de pozos de monitoreo ubicados aguas abajo de dicha zanja y 5 pozos de bombeo en ambas quebradas denominados “pozos de remediación”, que actúan como segunda cortina en el control de las filtraciones. Los referidos pozos de remediación operan en los casos en que la calidad fisicoquímica y bacteriológica de las aguas de contacto provenientes de los depósitos de Arenas o de Lamas, superen los umbrales de referencia máxima.

Cabe señalar que dicho sistema se encuentra contenido en el Plan de Monitoreo Robusto – Calidad (PMR – Calidad) aprobado por la Resolución Exenta N° 064, de fecha 7 de marzo de 2014, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama.

La distribución territorial de los elementos que componen el referido sistema de control de infiltraciones asociados a los cargos 11 y 12 se muestran en el siguiente mapa:

Mapa 1: Ubicación de pozos asociados al sistema de control de infiltraciones de MLCC y pozos de recuperación asociados a los cargos 2 y 3.



Vigésimo cuarto. En lo referido con la clasificación de las referidas infracciones, según su gravedad, se indica en el punto 1.(ii) de la Resolución Exenta N° 1 / D-018-2019 referida a la formulación de cargos, que las infracciones contenidas en los cargos 11 y 12 se clasifican como graves en virtud del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, tanto en su literal a) por haberse causado daño ambiental, susceptible de reparación, como en su literal e) por el incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad de acuerdo a lo previsto en la RCA.

Vigésimo quinto. Por último, respecto a los presupuestos de hecho que dieron lugar a la desagregación de los cargos 11 y 12, debemos señalar que la Resolución Exenta N° 15/Rol D-018-2019, se remite a lo prevenido en la Resolución Exenta N° 4/Rol D-018-2019, dictada con fecha 25 de junio de 2019, específicamente a los considerandos 25, 26, 28 y 29. En dicha Res. Ex. N° 4 la autoridad administrativa señaló que, para el caso de infracciones que han sido calificadas con daño ambiental, “el ordenamiento jurídico contempla otras formas idóneas especialmente previstas y diseñadas para ejecutar e internalizar los costos de una reparación ambiental” y, aclara, que al tener el daño ambiental una regulación y protección especial, incluido un mecanismo de incentivo al cumplimiento propio, no procede aplicar “otros instrumentos que no resultan idóneos ni ajustados a estas particularidades, por lo que el Programa de Cumplimiento cede a otros instrumentos especialmente previstos para este desvalor...”.

Vigésimo sexto. Sólo con el propósito de exponer la forma de configuración del daño ambiental producido por las referidas infracciones, sin que lo anterior implique un análisis de fondo o prejuzgamiento por parte de esta magistratura ya que se entiende que la indicada configuración puede ser discutida en sede administrativa y eventualmente en sede judicial, se puede señalar que dicha afectación se produce -en el entendimiento de la SMA- a propósito de la verificación de la superación de los umbrales máximos de referencia fijados en el denominado Plan de Monitoreo Robusto – Calidad, lo que da cuenta de una alteración hidroquímica en el acuífero de la Quebrada La Brea. Lo anterior responde a la permanente infiltración de las aguas embalsadas y su posterior avance a través de dicha zona acuífera, situación que posibilitó el ingreso de dichos flujos hacia el medio acuífero del río Ramadillas.

Asimismo, y de acuerdo a la información contenida en los monitoreos de agua subterránea la SMA concluyó que el aumento de los valores asociados a parámetros indicativos de alteración hidroquímica se produjo a contar del inicio de la operación de la planta concentradora del proyecto minero Caserones. Dicha condición también se advirtió por la DGA en las aguas superficiales del Río Ramadillas, aguas abajo de la Quebrada La Brea.

Vigésimo séptimo. Que, revisadas tanto las normas jurídicas que regulan los Programas de Cumplimiento y los Planes de Reparación Ambiental, como también los antecedentes de contexto que dieron origen al procedimiento administrativo sancionatorio D-018-2019, corresponde dilucidar la correcta aplicación de ambos dichos instrumentos jurídicos en este caso particular.

Vigésimo octavo. Como primera reflexión, es posible advertir que ambos instrumentos, esto es, el Programa de Cumplimiento y el Plan de Reparación Ambiental, están asociados a la existencia de un procedimiento administrativo sancionador incoado ante la SMA. En efecto, mientras el PDC requiere del inicio del procedimiento para poder ser presentado, el Plan de Reparación Ambiental necesita de una resolución administrativa sancionatoria, previa tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio respectivo.

Por esta razón, desde ya debemos señalar que no es correcta la aseveración formulada por las reclamantes al señalar que el PDC debe preceder al PRA, ya que, como se ha explicado, un Plan de Reparación requiere de una sanción previa, lo que no es posible lograr con un PDC aprobado; como también es un error plantear que ambos instrumentos se aplican en instancias distintas ya que ambos se sustancian bajo el procedimiento administrativo de que trata al párrafo 3° del Título III de la Ley N° 20.417, pero en momentos distintos. Es decir, el Plan de Reparación Ambiental como tal no tiene una aplicación regulatoria en el ámbito judicial. Lo anterior es sin perjuicio de la acción de reparación de daño ambiental consagrada en el artículo 53 de la Ley N° 19.300, de competencia del Tribunal Ambiental respectivo.

Asimismo, tanto el PDC como el PRA dependen de la voluntad del infractor, quien tendrá como incentivo eximirse de la eventual sanción en el caso del PDC, y la extinción de la acción por daño ambiental, en caso de ejecutarse el Plan satisfactoriamente. Dichos beneficios han sido establecidos por el legislador con el objeto de lograr una más eficiente protección al medio ambiente otorgando incentivos adicionales para los infractores.

Vigésimo noveno. Que, la real aplicación de un PDC o de un Plan de Reparación dependerá del logro específico de los objetivos que están llamados a cumplir en la protección del medio ambiente, en relación a la entidad o características de las infracciones y sus consecuencias.

Trigésimo. En efecto, del tenor de los artículos 7° literal b) y 9° literal b) del DS N° 30/2012 el PDC debe contener una descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción y las medidas adecuadas para contener, reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento. Mientras que el PRA debe describir el daño ambiental causado, “en concordancia con la resolución que haya puesto término al procedimiento administrativo sancionatorio respectivo”, y las medidas de contención y reparación que se propongan, según lo previsto en el artículo 19 letras c), f) y g) del DS N° 30/2012.

Trigésimo primero. De lo expuesto es posible concluir que los objetivos principales de uno y otro instrumento son distintos. Así, los esfuerzos de un PDC están puestos principalmente en el retorno al cumplimiento de la normativa ambiental que se infringió, en el menor plazo posible.

En el caso de una infracción con resultado de daño al medio ambiente, el efecto nocivo es un elemento cierto, razón por la cual la reparación se hace indispensable y el retorno al cumplimiento normativo se transforma en un objetivo secundario. Esta distinción es recogida por la doctrina al referir que los planes de reparación constituyen un mecanismo de incentivo indirecto “dado que proceden solo una vez dictada la sanción y, siempre que ella se refiera a infracciones clasificadas con daño ambiental...” (Hervé, Dominique y Plumer, Marie Claude. Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del programa de cumplimiento” (2019). Revista de Derecho 245 (enero – junio). p. 28. Nota al pie de página N° 50).

Trigésimo segundo. En la especie, y tal como se expuso en el considerando vigésimo sexto, la Superintendencia estimó que la condición de daño ambiental se configura con la alteración de la calidad de las aguas del acuífero en las quebradas La Brea y Caserones, como consecuencia de la infiltración de las aguas de contacto generadas por el proyecto Caserones y la construcción de las zanjas cortafugas sin cumplir con las condiciones establecidas en la evaluación ambiental del proyecto. Además, que el daño generado es susceptible de reparación.

Bajo estos supuestos fácticos el PDC cede ante el Plan de Reparación Ambiental pues la misma ley así lo dispone, ya que, al constatarse la existencia de daño al medio ambiente, el inciso quinto del artículo 43 de la LOSMA sólo admite dos opciones: que el infractor presente voluntariamente un plan de reparación o el ejercicio de la acción judicial por daño ambiental, en caso de no instar por el primero. Por este motivo es que la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental” solo viene en complementar, ordenar y sistematizar una situación jurídica ya tratada por la ley, sin que exista una contradicción normativa entre ambos cuerpos regulatorios.

Trigésimo tercero. Como se viene señalando, es la protección efectiva del medio ambiente el factor que debe guiar el razonamiento de la Superintendencia del Medio Ambiente y el de todos los actores, con independencia de las consecuencias que se puedan generar en la substanciación del procedimiento sancionatorio respectivo. En este sentido, la posibilidad de poner término al mismo mediante la aprobación de un PDC se producirá solo respecto de aquellas infracciones que admitan dicho instrumento y, respecto de las otras infracciones, el procedimiento deberá continuar hasta su resolución final. En el intertanto, y si fuese necesario, la SMA podrá hacer uso de las facultades de cautela que la ley le entrega en el artículo 48 de la LOSMA para impedir la continuidad en la producción del daño.

Trigésimo cuarto. En consecuencia, esta magistratura coincide con el análisis de la Superintendencia al estimar que es posible separar infracciones con daño ambiental de aquellas que no lo generan, y someterlas a distintas vías de revisión y corrección. La autoridad no puede restringirse en el uso de las herramientas que otorga la ley favoreciendo ritualidades que en ningún caso dejan en indefensión a los posibles afectados. Por esta razón, la decisión de desagregación de los cargos 11 y 12 dispuesta por la SMA en su Res. Ex. N° 15 no vulnera el criterio de integridad al que alude el artículo 9° literal a) del DS N° 30/2012 toda vez que el PDC aprobado se hace cargo de las infracciones en las que ha incurrido MLCC y de los efectos generados, respecto de aquellas infracciones que procede dicho instrumento.

Trigésimo quinto. Finalmente, cabe hacerse cargo de la alegación sobre falta de perjuicio alegado por la reclamada. Sobre el particular se debe indicar que el profesor Eduardo Couture ha señalado: “las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Tal como apunta Alsina, la ineficacia que se sigue de la nulidad debe tener una

finalidad práctica, no procediendo la nulidad por la nulidad misma”. (Gorigoitía Abbott, Felipe, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XL, Valparaíso, Chile, 2013, 1° Semestre, pág. 579).

Trigésimo sexto. En este mismo sentido la Corte Suprema ha resuelto que “no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en un proceso, sino que se debe demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales” (Corte Suprema, rol N° 12.907-2018, de fecha 26 de septiembre de 2019, considerando trigésimo segundo).

Trigésimo séptimo. Como se ha señalado, el PDC es un instrumento de incentivo al cumplimiento normativo ambiental de carácter voluntario que se ha establecido para obtener de forma eficaz el retorno al cumplimiento de la regulación ambiental desatendida por el infractor y, cuando corresponda, hacerse cargo de los efectos nocivos que dicho quebrantamiento generó en el medio ambiente. Así lo ha propuesto también la doctrina al expresar que “el incentivo comprendido en el PDC puede ser representado mediante una balanza, en el que se conjugan, por una parte, el interés público del cumplimiento ambiental obtenido en un tiempo determinado y, por la otra, el interés privado obtenido por el infractor al eximirse de la sanción...” (Hervé Espejo, D. y Plumer Bodin, MC. Op. cit p. 28).

En efecto, la aprobación o rechazo de un PDC dependerá del cumplimiento de los criterios establecidos en el artículo 9° del DS N° 30/2012, lo que garantiza la satisfacción de aquel interés público comprometido en el debido respeto de la normativa ambiental. De modo que una aprobación que no se haga cargo adecuadamente de la integridad, eficacia o verificabilidad de un PDC podría poner en riesgo o lesionar el debido cuidado del medio ambiente. Lo mismo podría ocurrir, hipotéticamente, con el rechazo de un PDC correctamente formulado, dejando desprotegido el bien jurídico que se intenta amparar. En ambos casos, como queda de manifiesto, los usuarios de los servicios ecosistémicos dejados sin protección podrían ostentar un perjuicio real derivado de la decisión de la autoridad administrativa.

Trigésimo octavo. Tal como consta en este proceso, la referida desagregación de los cargos 11 y 12 ha sido impugnada por las reclamantes en atención a que a su juicio desnaturaliza el procedimiento sancionatorio, manteniendo un PDC que no pone término al mismo y no respeta el criterio de integridad al no considerar todas las infracciones imputadas.

El primero de estos reproches dice relación con un aspecto de procedimiento que en rigor no produce ningún perjuicio a la actora, sino más bien al infractor quien, pese a haber manifestado su desacuerdo con tal decisión, no impugnó formalmente la resolución de la SMA, conformándose con lo ordenado. En efecto, en este aspecto es la empresa la que se ve en la imposibilidad de acceder en forma íntegra a los beneficios que el PDC le dispensa, en relación con el interés privado que con este instrumento se busca también favorecer. Por el contrario, no se constata un perjuicio real sobre los reclamantes, de aquellos que puedan quebrantar sus derechos dentro del proceso, ya que podrá instar por la imposición de la sanción respectiva e incluso, una vez terminado el mismo, y ante la ausencia de un Plan de Reparación por el daño ambiental efectivamente causado, podrá concurrir en la correspondiente acción por daño ambiental impetrada por el Consejo de Defensa del Estado en sede jurisdiccional, según lo dispuesto en el artículo 18 N° 2) de la Ley N° 20.600.

Tampoco se advierte que el perjuicio pueda derivar de la supuesta falta de integridad del PDC producto de la desagregación ya que, tal como se ha venido sosteniendo, dicha decisión se ha adoptado conforme a derecho.

Trigésimo noveno. Finalmente, y en lo que dice relación con la supuesta vulneración al principio de confianza legítima alegado por la actora, se debe precisar que la doctrina ha indicado que “el principio de protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) supone el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto ésta lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares” (Bermúdez Soto, Jorge. *El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración Como Límite a La Potestad Invalidatoria*. Revista de Derecho (Valdivia). 2005, vol.18, n.2, p .85).

Cuadragésimo. Así también, la Contraloría General de la República ha precisado que “la confianza legítima aparece justamente como reacción jurisprudencial frente a la utilización abusiva de la norma jurídica o acto administrativo, que sorprende la confianza de las personas destinatarias de la norma, que no esperaban tal reacción normativa...” (Dictamen N° 22766 de 2016).

Cuadragésimo primero. De lo expuesto forzoso resulta analizar la actuación que ha venido desplegando la SMA en situaciones similares a objeto de verificar si se configura o no en la especie la infracción al precitado principio.

Al respecto, lo primero que se debe indicar es que la Superintendencia del Medio Ambiente ha fijado un criterio expreso para el caso de infracciones con resultado de daño ambiental y su incompatibilidad con el PdC. En efecto, en la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental”, capítulo 1.3, la SMA deja de manifiesto su criterio jurídico, el cual no puede ser obviado por los administrados, aun cuando discutan acerca de su real jerarquía normativa, en tanto dicha Guía constituye en los hechos una norma administrativa de carácter general dictada por la SMA en ejercicio de sus potestades ordenadoras que el legislador le confirió en su propia ley orgánica, y que en materia de instrumentos de incentivo al cumplimiento se armoniza con el deber de prestar asistencia a sus regulados, previsto en el artículo 3° letra u) de la LOSMA. Que el carácter normativo que se viene señalando se encuentra expresamente consagrado en el mencionado artículo 3° literal s), precepto que dispone expresamente que la “normativa” que emane de la SMA deberá ser sistematizada de tal forma de facilitar el acceso y conocimiento de la misma, obligación que la SMA cumple latamente a juicio de estos sentenciadores de la revisión de su sitio web institucional (<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/>) y en donde se pueden visualizar sin mucho esfuerzo instrucciones y guías sobre diversas materias, entre las cuales por cierto se encuentran los Programas de Cumplimiento y los Planes de Reparación.

Además, y como otro elemento de juicio, esta magistratura ha evidenciado que el actuar de la reclamada ha sido consistente en los pocos casos en que le ha correspondido aplicar dicho criterio. Destaca el procedimiento sancionatorio F-009-2018 seguido en contra de la Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero en el cual se aprobó el PDC presentado por la empresa y se ordenó la desagregación del cargo N° 9 al haber ocasionado daño ambiental irreparable. Dicho actuar, además, es coherente con lo resuelto en el procedimiento sancionatorio D-011-2015 donde la SMA rechazó el PDC al no haberse incluido todos los cargos formulados, y respecto de los cuales era procedente su presentación.

Cuadragésimo segundo. Que, de acuerdo a lo expuesto y al mérito del proceso, no es posible advertir una desviación de la SMA en la aplicación de los criterios de aprobación o rechazo de los PDC. Por el contrario, de los procesos administrativos citados se denota un actuar consistente, sin perjuicio de las diferencias que pueden existir entre uno y otro caso.

II. Sobre el criterio de eficacia del Programa de Cumplimiento y la prohibición general de eludir a la responsabilidad.

Cuadragésimo tercero. Que, como se señaló en la parte expositiva de esta sentencia, en este aspecto la actora formula reproche respecto de tres acciones incluidas en el Programa de Cumplimiento y aprobadas por la Res. Ex. N° 15. Estas son las siguientes:

a) Respetto de la eficacia de la medida N° 11.

Cuadragésimo cuarto. La acción N°11 dice relación con el ingreso “al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y obtener una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del Proyecto “Adecuación Operacional Faena Minera Caserones”. Como se ha explicado, el estudio de impacto ambiental ingresado para evaluación con fecha 1 de junio de 2020 tiene por objeto, entre otros, la evaluación del sistema de control de infiltraciones mediante la incorporación de pozos adicionales de bombeo de recuperación de aguas lo que, en conjunto con el sistema de drenaje, zanja cortafuga y pozos de remediación, permitirían captar las infiltraciones y devolverlas al área de proceso. Dicha medida se denomina “Plan Dinámico de Extracciones”.

La referida acción N°11 se relaciona con el cargo N° 3, cuyos hechos infraccionales consisten en el incumplimiento de las condiciones establecidas en el Plan de Remediación asociado a la operación del Depósito de Lamas, en quebrada La Brea, según se expuso en la parte expositiva de la presente sentencia.

Que, en relación a lo discutido por las reclamantes acerca de que la acción N° 11 no se haría cargo de los efectos producidos por la sobre extracción de aguas, debemos señalar que la SMA descartó la generación de dichos efectos según consta en los considerandos 54 a 70 de la resolución administrativa reclamada. En efecto, para evaluar los efectos en la disponibilidad del recurso hídrico, la reclamada realiza una distinción entre aguas naturales y las aguas de proceso, ambas captadas por los mencionados pozos de remediación y recuperación con motivo de las infiltraciones. Precisa que la mayor cantidad de aguas sacadas del acuífero a través de los bombeos de los pozos de remediación/recuperación corresponde a aguas de proceso provenientes del depósito de lamas, y

que la extracción de aguas naturales fue de 14,3 l/s en promedio, valor que se encuentra bajo el caudal máximo de 28 l/s establecido por el PMR-Calidad. Cabe señalar que dichos análisis no se encuentran refutados en el proceso.

La no afectación en la disponibilidad del recurso hídrico también se sustenta en las mediciones obtenidas en el pozo POB-06B (ubicado aguas abajo de todos los pozos de remediación y recuperación en el acuífero del río Ramadillas) para el caso de aguas subterráneas, y de los caudales medidos en los puntos LM-10 y LM-27, respecto de las aguas superficiales, constatándose que no existen diferencias significativas durante los meses posteriores al inicio del bombeo de los pozos de remediación/recuperación, lo que se confirma además con las tendencias naturales asociadas a los caudales históricos medidos en las estaciones fluviométricas de los ríos Ramadillas y Pulido, cuyas variaciones dependen más bien de las precipitaciones registradas.

Lo señalado anteriormente también es consistente con los informes de seguimiento ambiental de la empresa y los pronunciamientos de la DGA, todo lo cual permite a esta judicatura concluir que la SMA motivó razonablemente el descarte de efectos producto del cargo N° 3, ponderando adecuadamente la abundante información científica de la cual dispuso al momento de aprobar el PdC, amparada por los antecedentes del organismo sectorial especializado, no existiendo información en contrario que permita sostener un actuar ilegal ni mucho menos arbitrario.

Asimismo, respecto de la idoneidad de la medida 11 y la referida regularización del funcionamiento irregular de los pozos de remediación/recuperación, debemos señalar que de acuerdo a los antecedentes expuestos, particularmente a la eficacia de la medida y a la no generación de efectos negativos producto del hecho infraccional asociado al cargo N° 3, tal como se expuso precedentemente, la medida N° 11 se advierte como necesaria y adecuada ya que permitirá evaluar ambientalmente un sistema de control de infiltraciones que se hace necesario para la correcta protección del recurso hídrico, permitiendo en esta instancia la participación de los organismos sectoriales con competencia ambiental y la participación ciudadana respectiva. Cabe hacer presente que este pronunciamiento no se contradice con lo ya resuelto por este Tribunal en las causas R-17-2019 y R-25-2019, donde los cuestionamientos a medidas que implicaban el ingreso al sistema de evaluación ambiental se relacionaba con el hecho de que aquellas no se hacían cargo de los efectos nocivos constatados, de forma directa, hipótesis que no concurre en la especie toda vez que en relación al cargo N° 3 se ha verificado justamente la no concurrencia de efectos.

b) Respetto de la eficacia de la medida N° 25.

Cuadragésimo quinto. Mediante la acción N° 25 la empresa compromete el “diseño y ejecución de un programa educativo de difusión y sensibilización del pueblo Colla, previa coordinación con CONADI, respecto de los trabajadores internos y externos al Proyecto Caserones, de acuerdo al Cons. 7, numeral VII.7, N°1, de la RCA N° 13/2010”.

Cuadragésimo sexto. La referida acción intenta volver al cumplimiento normativo asociado a la infracción descrita en el cargo N° 8 que consiste en la “falta de desarrollo de un programa educativo de difusión y sensibilización del pueblo Colla, previa coordinación con CONADI, respecto de sus trabajadores propios y empresas contratistas, en relación al Proyecto Caserones”.

Al respecto se hace necesario acudir a la mencionada RCA N° 13/2010 para efectos de interpretar correctamente el alcance y sentido de la medida incumplida, como también el efecto que podría tener la acción N° 25 objetada. En este sentido, la RCA N° 13 en su considerando 7°, numeral VII.7 señala lo siguiente: “Adicionalmente, y como una forma de contribuir a rescatar las tradiciones y costumbres del pueblo Colla de la Región, el Titular realizará un programa educativo de difusión y sensibilización, coordinado con CONADI, destinado a sus trabajadores y empresas contratistas”.

Cabe señalar que la citada medida se relaciona con la actividad de transporte del proyecto y sus efectos en las personas que habitan en la parte alta del valle de Copiapó.

Cuadragésimo séptimo. Como se ha explicado, la actora alega que, con la aprobación de la acción N° 25, no se abordan las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento. Explican las reclamantes que el programa educativo al que se hace referencia en la RCA es una medida de compensación cuya vulneración produce impactos significativos negativos sobre el medio humano, los cuales no son posible equilibrar con el mero cumplimiento de la misma medida.

Cuadragésimo octavo. Que, la SMA realiza el análisis de descarte de efectos en los considerandos 141° y 142° de la Resolución Exenta N° 15. En este contexto la Superintendencia toma en consideración diversas actividades ejecutadas por la empresa destinadas a difundir las tradiciones y costumbres del pueblo Colla. Al respecto, en el considerando 142° explica que si bien dichas actividades no fueron coordinadas con la CONADI, “si se orientó al objetivo de la exigencia”.

Cuadragésimo noveno. Que, a juicio de estos sentenciadores, la ejecución de las actividades de difusión practicadas por la empresa cumplen parcialmente con los objetivos propuestos en la RCA en cuanto a la cantidad de trabajadores efectivamente capacitados sobre estas materias a la fecha de verificarse la infracción, por lo que es dable concluir que el razonamiento de la SMA se sustenta en un correcto análisis y motivación que da cuenta de la eficacia de la medida. Sin perjuicio de lo anterior, se hace necesario que el cumplimiento de la acción N° 25 se concluya satisfactoriamente a la mayor brevedad posible, debiendo exigirse a MLCC los registros de asistencia y evaluaciones respectivas de todos los trabajadores, internos y externos, que den cuenta de las capacitaciones y el adecuado entendimiento de sus contenidos, previa aprobación de los mismos por la CONADI.

c) En relación a la eficacia de la medida N° 26.

Quincuagésimo. Que, la medida N° 26 consiste en la “ejecución del compromiso voluntario de entrega de agua desalada en un caudal de 50 l/s de acuerdo a lo dispuesto en el Cons. 4.2, numeral II.9, N°1, de la RCA N° 13/2020, rectificado mediante Res. Ex. N° 52/2010”.

Quincuagésimo primero. Por su parte, la infracción asociada a la referida acción corresponde al “incumplimiento del compromiso de entrega de agua desalada en la ciudad de Caldera, en un caudal de 50 l/s, en diversos periodos comprendidos entre enero de 2015 y julio de 2018”.

Quincuagésimo segundo. Consta de la RCA que la medida incumplida corresponde a uno de los compromisos ambientales voluntarios que la empresa adoptó relacionada con la sustentabilidad del recurso hídrico.

Quincuagésimo tercero. Cabe señalar que la SMA descartó los efectos provenientes de la mencionada infracción al considerar que, pese a su configuración, no se ha perjudicado la calidad de las aguas de la población de Caldera, las cuales necesariamente deben estabilizarse previo a su consumo humano mediante la mezcla de agua desalada entregada por MLCC y agua subterránea del río Copiapó. Asimismo, y en relación a la disponibilidad del recurso hídrico sostiene que la falta de entrega de agua desalada es marginal, equivalentes a 17,7 l/s como promedio anual, versus los 702 l/s de aguas subterráneas que se extraen del Sector 6 del valle del río Copiapó, del cual se reemplazó el agua no aportada por la empresa.

Quincuagésimo cuarto. Que, de acuerdo a los antecedentes que constan en el proceso sancionatorio administrativo, estos sentenciadores consideran que la decisión de la SMA está revestida de razonabilidad y motivación suficiente, logrando descartar los efectos nocivos de la infracción en base a una adecuada ponderación de los antecedentes técnicos acompañados.

Quincuagésimo quinto. En concordancia con lo anterior, tampoco es posible atribuir impactos significativos derivados de la referida infracción.

Quincuagésimo sexto. Que, de acuerdo a lo razonado, habiéndose llegado por este Tribunal a la convicción que la Resolución Exenta N° 15/Rol D-018-2019 es legal y fue dictada conforme a la normativa jurídica aplicable no adoleciendo de vicios que hagan procedente su invalidación,

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600; Ley N°19.300; Ley N°19.880, y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Se rechaza la reclamación presentada por la Asociación de Productores y Exportadores Agrícolas del Valle de Copiapó; la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N° 1 “Aguas arriba del Embalse Lautaro”; la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector n°2 “Embalse Lautaro – La Puerta” y la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector N° 3 “La Puerta – Mal paso”
- II. No condenar en costas a las reclamantes, por tener motivos plausibles para litigar.

Se previene que el Ministro señor Hernández concurre a la decisión, teniendo para ello, además, presente:

1° La necesidad de que la SMA agilice y acelere razonablemente los tiempos de revisión y análisis de los cargos

11 y 12, clasificados como graves y que han sido desagregados para efectos del PDC, atendida la improcedencia del mismo ante la hipótesis de infracciones con daño ambiental reparable, como consecuencia de la alteración de la calidad de las aguas del acuífero en las quebradas La Brea y Caserones por la infiltración de las aguas de contacto generadas por el proyecto Caserones y la construcción de las zanjas cortafugas sin cumplir con las condiciones establecidas en la evaluación ambiental del proyecto. Lo anterior es relevante debido al alto potencial contaminante de los lixiviados de aguas de contacto provenientes del tranque de relaves (depósito de lamas), que evidentemente no son detenidas en su completitud por la zanja cortafugas y que se estarían extrayendo con los pozos de extracción adicionales construidos y operados por la empresa.

2° Resulta del todo necesario el actuar oportuno de la SMA en la resolución del procedimiento administrativo sancionador en trámite, respecto de los dos cargos desagregados, al margen que la SMA no haya dictado medidas cautelares a la fecha, dado el potencial de contaminación y afectación a las aguas (“verificación de la superación de los umbrales máximos de referencia fijados en el denominado Plan de Monitoreo Robusto – Calidad, lo que da cuenta de una alteración hidroquímica en el acuífero de la Quebrada La Brea”) determinado por la propia SMA; analizando y ponderando ágilmente los aspectos centrales del art. 43 de la LOSMA, que exige la tramitación de un procedimiento previo y la imposición de una sanción para proceder con la presentación de un “Plan de Reparación” por parte del titular; y de no ser posible éste, la pronta derivación al Consejo de Defensa del Estado de dichos antecedentes para los efectos de ejercer eventualmente la acción judicial respectiva para la reparación del medio ambiente eventualmente dañado, a fin de dar garantía jurídica y material oportuna del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como aquel deber del Estado de preservar la naturaleza, en este caso, los recursos hídricos que utilizan tanto los reclamantes, como otros usuarios aguas abajo de la Quebrada La Brea y Río Ramadillas.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez y la prevención, de su autor.

Rol N° R-41-2021

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Juan Opazo Lagos. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Sr. Hernández, por haber cesado en su cargo por término del periodo legal de su designación.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-42-2021

“Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19.
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

La Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 reclamó en contra de la SMA por la aprobación del programa de cumplimiento presentado por Procesadora de Residuos Industriales Ltda. (RECIMAT), en el marco del procedimiento sancionatorio seguido en su contra, producto de los incumplimientos a las RCA de los proyectos relativos a una fabrica de ánodos insolubles de plomo, ubicado en la comuna de Calama, de la Región de Antofagasta.

Los cargos objeto del PdC presentado por RECIMAT son los siguientes:

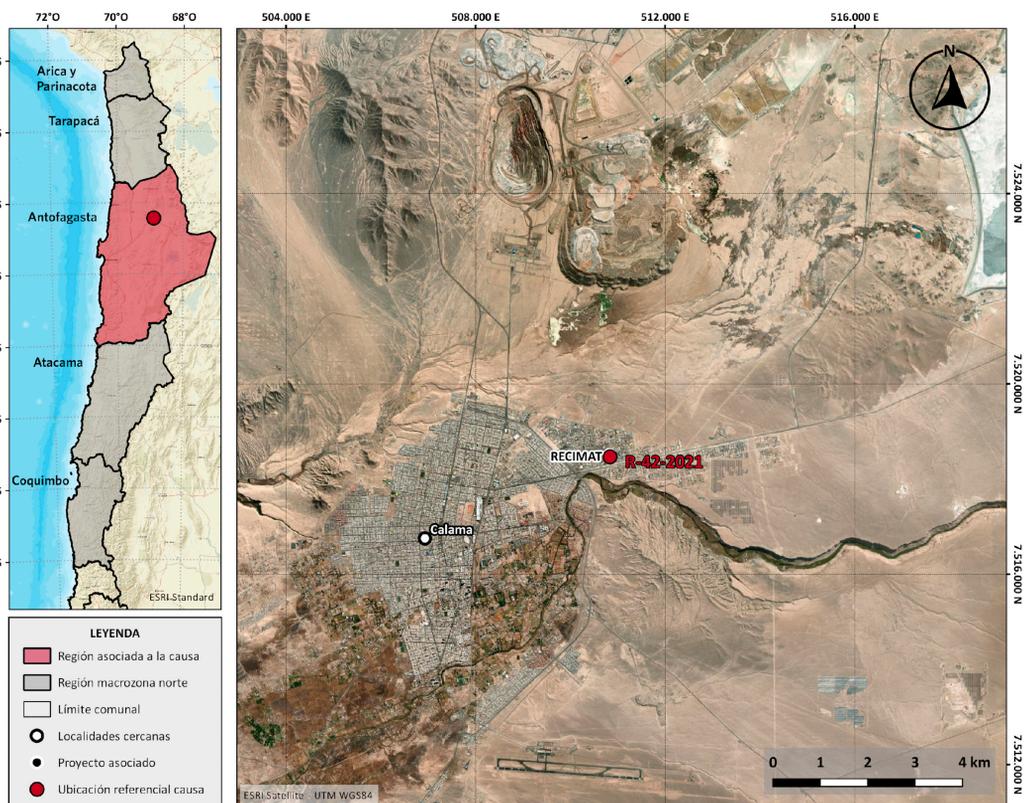
- **Cargo N° 1:** No haber contratado a Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA) con autorización vigente para la realización del monitoreo de material particulado MP10, concentración de plomo en el aire y monóxido de carbono, desde 2017 a la fecha.
- **Cargo N°2:** No haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños a su emplazamiento desde el año 2017 a la fecha.
- **Cargo N°3:** Deficiencias en la infraestructura de almacenamiento, las que consisten en la falta de bodegas de almacenamientos de sustancias peligrosas ni de lubricantes, y que las canaletas superficiales del patio de almacenamiento se encontraban sin rejilla de protección.

La solicitante fundó su reclamo en que la SMA habría aprobado un PdC que contraviene las normas ambientales y que no satisface los criterios de integridad, de eficacia y verificabilidad. En concreto, esgrimió que las medidas propuestas por el infractor se tomaron en base a resultados de medición del aire inválidos, cuestionando, además, los resultados del estudio de suelo realizado en el año 2017 por el infractor. Agrega, la falta de realización de un proceso de consulta indígena en el marco del procedimiento de su aprobación.

La reclamada, por su parte, señaló que consta en el PdC que la empresa contratará y efectuará el monitoreo de calidad de aire mediante una ETFA, realizará un estudio de plomo en suelo y remitirá los resultados de la actividad desarrollada el año 2017. En cuanto a la consulta indígena, señala que no procede respecto de la resolución impugnada, por la naturaleza jurídica de la misma y porque no genera impactos significativos sobre el medio humano.

En la sentencia, el Tribunal acogió la reclamación dejando sin efecto la resolución que aprobó el PdC presentado por RECIMAT en el marco del procedimiento sancionatorio seguido en su contra.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Principales controversias

- i. Si el PdC cumplió con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad respecto a las acciones y metas propuestas para los cargos N°s. 1 y 2.
- ii. Si hubo incumplimiento al deber de consulta indígena.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre el no haber contratado a una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental para la realización de monitoreos, los sentenciadores evidencian la falta de sustento científico para descartar los efectos negativos de la infracción en la calidad del aire y los riesgos a la salud de la población de Calama. Así, las medidas propuestas para el cargo N°1 eran insuficientes ya que carecen de rigor y sustento científico sobre la real situación de contaminación atmosférica en el área de influencia del proyecto, así como del seguimiento y monitoreo de la calidad del aire para los parámetros MP10, monóxido de carbono y Plomo.

En consecuencia, se determinó que no se cumplió con las exigencias reglamentarias relativas a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad para aprobar el PdC.

- ii. En cuanto a no haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños al proyecto, se estimó que las medidas propuestas, a saber, remitir el estudio de plomo en suelo realizado en 2017, y realizar un estudio de plomo en suelo en los sectores aledaños a la planta que incorpore caracterización para dicho elemento, cumplieran con los criterios establecidos para la aprobación de un PdC. Igualmente, sugirió continuar con el análisis

de potenciales efectos negativos de la acumulación de plomo en el suelo al no poderse descartar la relación entre la actividad de RECIMAT y la presencia de plomo en el suelo.

- iii. Finalmente, sobre la procedencia de la consulta indígena, se consideró que atendida la naturaleza sancionadora del procedimiento bajo el cual se sustenta el PdC, no era posible admitir la consulta indígena cuyo objeto y alcance resultan incompatible con ese tipo de asuntos.

6. Estado de la sentencia

En contra de la sentencia no se interpuso recurso alguno, encontrándose firme y ejecutoriada.

SENTENCIA

Antofagasta, ocho de octubre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. Consta que la Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 (“reclamante” o “Junta de Vecinos”), RUT 73.684.600-4, representada por el abogado Sr. Sergio Chamorro Avilés, domiciliado para estos efectos en Calle Paula Jaraquemada N°3051, de la ciudad y comuna de Calama, con fecha 25 de marzo de 2021 interpuso reclamación judicial ante esta magistratura.

La reclamación judicial fue interpuesta, conforme al artículo 56 de la Ley N°20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”) y artículos 17 N°3, 18 N°3 y siguientes de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en contra de la Resolución Exenta N°9/2021 de fecha 07 de enero de 2021, (“Res. Ex” o “resolución reclamada” o “resolución exenta”) dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (“reclamada” “Superintendencia” o “SMA”), RUT 61.979.950-K, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el procedimiento sancionatorio Rol D-31-2020 aprobando Programa de Cumplimiento (“PdC”) y suspendiendo procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Procesadora de Residuos Industriales Limitada (“RECIMAT”).

En conclusión, la parte reclamante solicita en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, accogiéndolo en todas sus partes, declarando:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto,
- b) Que se ordene la reapertura y continuidad del procedimiento sancionador administrativo.
- c) Que se condene en costas a la reclamada.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

2. De los antecedentes administrativos consta que:

En cuanto al titular contra quien se llevó el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-31-2020, consta que la Procesadora de Residuos Industriales Limitada (“RECIMAT”), RUT 76.073.179-K, es titular de cuatro proyectos a saber: “Recicladora y refinadora de residuos mineros y metales no ferrosos” con Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) aprobado por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta (“COREMA”) mediante Resolución Exenta N° 125/2004 (“RCA N° 125/2004”) de fecha 6 de julio de 2004; proyecto “Transporte y disposición final de residuos sólidos de fundición” DIA aprobada en ese entonces por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (“CONAMA”), que mediante Resolución Exenta N° 308/2006 de fecha 8 de febrero de 2006, resolvió recurso de reclamación interpuesto contra la Resolución Exenta N° 264/2005 (“RCA N° 264/2005”), de fecha 2 de noviembre de 2005, dictada por la COREMA; proyecto “Nuevo módulo para Recicladora y Refinadora de Residuos” DIA que fue aprobada por la COREMA, mediante su Resolución Exenta N° 104/2007 (“RCA N° 104/2007”), de fecha 10 de abril de 2007; y el proyecto “Módulo de Almacenamiento y Filtrado de Aceite” cuya DIA fue aprobada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta (“COEVA”) mediante Resolución Exenta N° 228/2014 (“RCA N° 2014”), de fecha 22 de abril de 2014, constando todos con su respectiva permisibilidad ambiental (DIA). Estos proyectos individualizados previamente, constituyen una unidad fiscalizable denominada “Fábrica de ánodos insolubles de plomo”, el cual comprende además el proyecto “Fábrica de ánodos insolubles de Plomo”, que fue aprobado por la COREMA mediante Resolución Exenta N°121/2004 (“Res. Ex. 121/2004”) cuyo titular es Industria Proveedor de Partes Metalúrgicas Limitada, que junto a RECIMAT pertenecen al grupo de empresas Inppamet; el que consiste en el reciclado de desechos y productos residuales de plomo generados por la gran minería de cobre y baterías, en los que a través de procesos químicos se fabrican nuevos ánodos insolubles de plomo.

Con fecha 04 de marzo de 2016, se presentó una denuncia en contra de RECIMAT, la que está asociada a incumplimientos graves por presencia de plomo constatados por la Seremi de Salud, por cuanto el denunciado

usaría un horno rotatorio distinto al autorizado y por una modificación a la trituradora de componentes de baterías usadas, lo que llevó a reemplazar la chancadora por una trituradora que emitiría aerosoles de ácido sulfúrico con contenido de plomo a la atmósfera.

Con fecha 20 de mayo de 2016, se informó al denunciante que se tomó conocimiento de los antecedentes de la denuncia, asignándole la ID 161-2016, junto con informar que se habían realizado actividades de fiscalización en las instalaciones de la empresa.

Con fecha 26 de febrero de 2016 se informó por la Seremi de Salud de ese entonces, doña Lila Vergara, que el servicio habría recepcionado una consulta por la Teletón de la ciudad de Calama, relativa a la clausura decretada por la autoridad, considerando que las instalaciones se encontrarían a menos de 800 metros de donde opera la empresa.

Con fecha 16 de agosto de 2016 la reclamante de autos, entregó información no contemplada en el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (“ICSARA”), del proyecto “Complemento Módulo RAM Ltda.”, solicitando que el servicio se pronunciara al respecto, ya que estas actividades estarían afectando la salud de la comunidad, argumentando entre otras cosas, que el referido proyecto se ingresó por medio de una DIA, en circunstancias que debía someterse a evaluación por medio de un Estudio de Impacto Ambiental. La presentación fue registrada bajo el ID 1073-2016.

Con fecha 17 de agosto de 2016, se informó que se realizó fiscalización por parte de la Seremi de Salud a RECIMAT y del sumario cursado, se le impuso finalmente una multa de 700 UTM. Se informó a la Seremi, que la presentación fue registrada con la ID 1081-2016.

Con fecha 04 de septiembre de 2019, un particular realizó otra denuncia contra RECIMAT por el “funcionamiento de horno de fundición de plomo”. Se informó al 17 de septiembre de 2019, que la denuncia fue registrada bajo el ID 67-II-2019.

Cabe señalar, que se realizaron 4 actividades de fiscalización en las instalaciones de la empresa: los días 18 de febrero y 31 de mayo del año 2016 se llevó a cabo una fiscalización no programada, a la que concurrió personal de la Seremi de Salud de la Región de Antofagasta (“SEREMI”) DFZ-2016-695II-RCA-IA; y, en los días 30 de marzo y 16 de abril de 2017, se llevó a cabo una fiscalización programada en la que también concurrió personal de la Seremi mencionada, y respecto de la cual se dejó constancia de lo obrado en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

Con fecha 24 de marzo de 2020, se inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-031-2020, en virtud del cual se formularon tres cargos al titular por actos u omisiones que constituyen infracciones conforme artículo 35 n) y a) de la LOSMA:

Cargo N°1: No haber contratado a Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental con autorización vigente para la realización del monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en el aire y monóxido de carbono, desde 2017 a la fecha. Hechos que constituyen infracciones al artículo 21 del D.S. N° 38/2013, a la Resolución Exenta N° 986 de 19 de octubre de 2016, y, en consecuencia, al art. 35 letra n) de la LOSMA.

Cargo N°2: No haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños a su emplazamiento desde el año 2017 a la fecha. Hechos que constituyen infracciones a la Adenda N°1 asociada a la RCA N°125/2004 del proyecto “Recicladora y refinadora de residuos mineros y metales no ferrosos” y, en consecuencia, al art. 35 letra a) de la LOSMA.

Cargo N°3: Deficiencias en la infraestructura de almacenamiento, las que consisten en la falta de bodegas de almacenamientos de sustancias peligrosas ni de lubricantes, y que las canaletas superficiales del patio de almacenamiento se encontraban sin rejilla de protección. Hechos que constituyen infracciones a la RCA N°125/2004, RCA N°121/2004, RCA N°104/2007 y, en consecuencia, al art. 35 letra a) de la LOSMA.

Con fecha 23 de marzo de 2020, mediante Res. Ex. N°518, se resolvió la suspensión de plazos en procedimientos sancionatorios en consideración de la contingencia sanitaria a raíz del Covid-19.

Con fecha 27 de marzo de 2020, la denunciada fue notificada personalmente de la formulación de cargos, de conformidad a lo dispuesto inciso 3° del artículo 46 de la Ley N° 19.880.

Posteriormente, mediante las Res. Ex. N° 548 y N° 575, de 30 de marzo y 7 de abril de 2020 respectivamente, se resolvió extender la comentada suspensión hasta el día 30 de abril del año en curso.

Con fecha 25 de mayo de dos mil veinte, la reclamada presentó un programa de cumplimiento, de conformidad a lo dispuesto Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (D.S. N°30/2012) y el artículo 42 de la LOSMA. Luego, con fecha 27 de mayo de 2020 el Fiscal Instructor derivó los antecedentes del programa de cumplimiento al jefe de la División de Sanción y Cumplimiento para su evaluación, la que se tuvo por presentada con fecha 06 de julio de 2020.

Con fecha 03 de agosto de 2020, RECIMAT presentó un programa de cumplimiento refundido; formulándole la Superintendencia observaciones al mismo con fecha 20 de noviembre de 2020, mediante Res. Ex. N° 7/Rol D-031-2020. Posteriormente, con fecha 2 de diciembre de 2020, la denunciada presentó un nuevo programa de cumplimiento refundido.

Con fecha 06 de enero 2021, mediante la Res. Ex. N° 9/Rol D-031-2020, la Superintendencia aprobó el programa de cumplimiento finalmente presentado por RECIMAT.

Con fecha 17 de marzo de 2021, se le tuvo por notificado tácitamente al representante legal de la Junta de Vecinos, reclamante en estos autos.

A raíz de ello, el reclamante interpuso el reclamo de autos.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta que la Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19, RUT 73.684.600-4, representada por el abogado Sr. Sergio Chamorro Avilés, interpuso reclamación judicial ante esta magistratura con fecha 25 de marzo de 2021.

La reclamación judicial fue interpuesta en contra de la Resolución Exenta N°9/2021 de fecha 07 de enero de 2021, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el procedimiento sancionatorio Rol D-31-2020 aprobando PdC y suspendiendo procedimiento administrativo sancionatorio en contra de RECIMAT.

En conclusión, la parte reclamante solicita en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, acciéndolo en todas sus partes, declarando:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto,
- b) Que se ordene la reapertura y continuidad del procedimiento sancionador administrativo.
- c) Que se condene en costas a la reclamada.

Además, en la presentación de fs. 37 y siguientes, el reclamante acompañó los siguientes documentos:

1. Mandato judicial otorgado por escritura pública.
2. Copia de Formulación de cargos Res. Ex. No 1/ROL D-031-2020.
3. Copia de Res. Ex. N° 9/Rol D-031-2020 que aprueba programa de cumplimiento y suspende procedimiento administrativo sancionatorio en contra de procesadora de residuos industriales Limitada.
4. Copia de Res. Ex. N° 10, que resuelve presentación y provee lo que indica respecto a forma de notificación, de fecha 17 de marzo 2021.

A fs. 79, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 81 y siguientes, la parte reclamada, es decir, la Superintendencia del Medio Ambiente, representada por el Superintendente del Medio Ambiente, Sr. Cristóbal de La Maza Guzmán, quien a la vez otorga patrocinio al abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto, solicitó la ampliación del plazo para evacuar su informe, a lo que el Tribunal accedió por resolución de fs. 90.

A fs. 92 y siguientes, la Superintendencia del Medio Ambiente, evacúa informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación, declarando que la Resolución Exenta N°9/2021 de fecha 07 de enero de 2021 de la SMA es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

1. Copia digital del expediente administrativo objeto de autos ROL D-31-2020.
2. Certificado del Ministro de fe de esta Superintendencia, que acredita la autenticidad de las copias.

A fs. 1805, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido y por acompañados los documentos.

A fs. 1806, la Sra. Relatora de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 1807, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 06 de mayo de 2021.

A fs. 1809, y 1811 se anunciaron para alegar la parte reclamante y la reclamada respectivamente.

A fs. 1813, consta que este Tribunal se constituyó el día 06 de mayo de 2021 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-42-2021 caratulada "Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente".

A fs. 1814, se dejó constancia de los alegatos realizados por la parte reclamante, Sr. Sergio Chamorro Avilés y, por la parte reclamada, la Srta. Katharina Buschmann Werkmeister.

A fs. 1815, se certifica por la Sra. Relatora de este Tribunal que la causa se encuentra en estudio.

A fs. 1816, se decreta como Medida para Mejor Resolver, atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 29 de la Ley N°20.600, la Inspección Personal del Tribunal en las instalaciones de la empresa RECI-MAT en la ciudad de Calama, para el día 27 de mayo de 2021.

A fs. 1822 y siguientes, se complementa la resolución de fs. 1816, en orden a señalar los lugares de encuentro y reunión de la medida para mejor resolver decretada en autos. De igual forma, el Tribunal encomienda la práctica de la medida para mejor resolver al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas junto al personal técnico del Tribunal, designándose como ministro de fe de la diligencia a la Relatora Sra. Marcela Godoy Flores.

A fs. 1834 y siguientes, y a fs. 1837 y siguientes, el reclamante y la reclamada, respectivamente, cumplen lo ordenado por el Tribunal en el marco de la Inspección Personal realizada. A fs. 1955 y 1956, el Tribunal tiene por acompañados los documentos y tiene presente lo indicado.

A fs. 1957 y siguientes, consta Acta de Inspección Personal efectuada en la presente causa en el marco de la medida para mejor resolver decretada en autos.

A fs. 1979, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal Ambiental.

A fs. 1980, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

CONSIDERANDO:

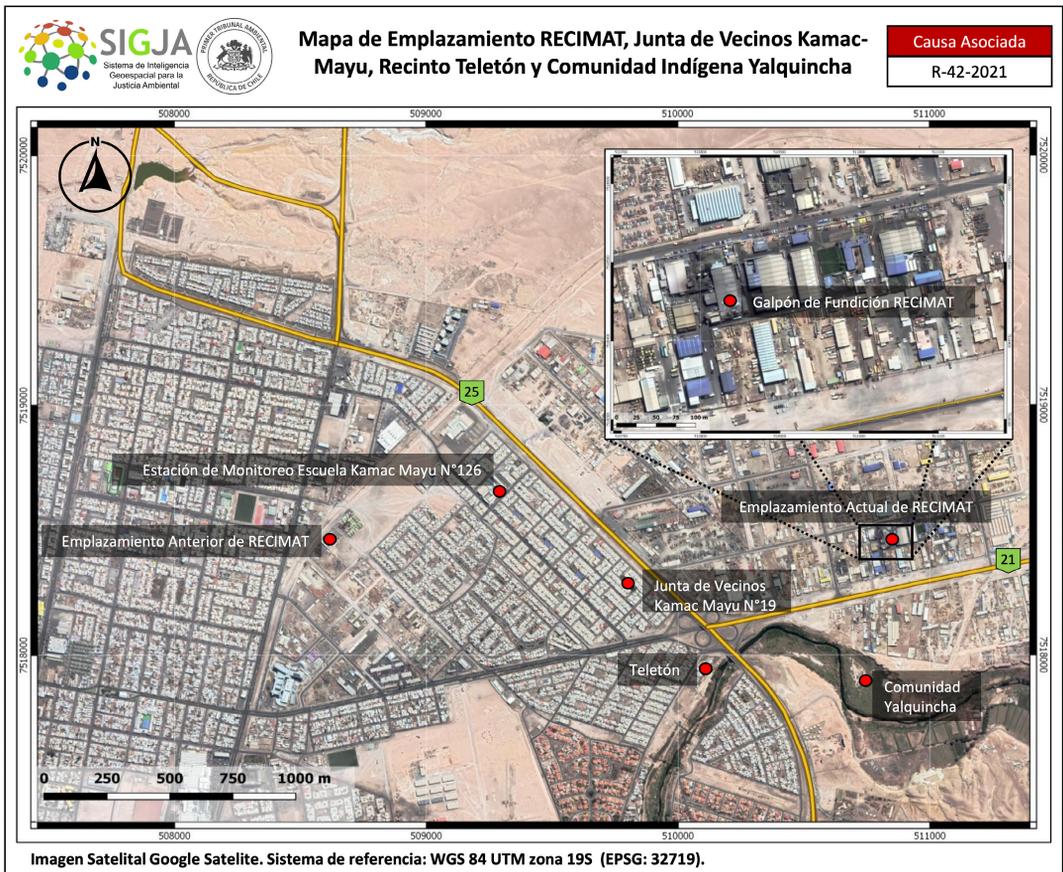
Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos en las alegaciones de la parte reclamante y defensas de la parte reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, este Tribunal ha determinado como hechos controvertidos de la causa, los siguientes:

- i. Respecto a las Controversias asociadas al CARGO N°1, esto es, del no haber contratado a ETFA con autorización vigente para la realización del monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en el aire y monóxido de carbono, desde el año 2017 a la fecha.

- ii. Respecto a las Controversias asociadas al CARGO N°2, esto es, el no haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños a su emplazamiento desde el año 2017 a la fecha.
- iii. Supuesto Incumplimiento al Convenio N°169 de la OIT, por falta de consulta indígena.

Segundo. Que, para el tratamiento de las controversias de autos este Tribunal estima necesario presentar a modo de contexto, un mapa para efectos ilustrativos y de comprensión territorial de los tres cargos alegados y las cuestiones de fondo asociados a ellos, así como la dimensión global del territorio en la ciudad de Calama y el sector de interacción o área de influencia entre las instalaciones productivas de la empresa RECIMAT con la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, la Estación de Monitoreo Escuela D-126, los sectores de máxima presencia de plomo en suelo, la Comunidad Indígena Yalquincha y el recinto Teletón, como se detalla a continuación.

Figura 1. Mapa de emplazamiento RECIMAT, Estación Monitoreo Escuela D-126, Junta Vecinos Kamac-Mayu, Recinto Teletón, Comunidad Indígena Yalquincha y emplazamiento anterior de RECIMAT en la ciudad de Calama.



Fuente: Elaboración propia en base a Expediente Administrativo y Judicial, causa R-42-2021.

Tercero. Que, como consta en la Reclamación a fojas 1 y siguientes y del Informe de la SMA a fojas 92 y siguientes, es relevante como contexto material y normativo indicar que la ciudad de Calama y su área circundante fue declarada como Zona Saturada por material particulado respirable MP10, según el Decreto Supremo N° 57 de fecha 20 de abril de 2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (“DS N°57”), donde consta en su considerando 4° el estudio “Análisis de Calidad de Aire para MP-10 en Calama”, de DICTUC S.A. de diciembre de 2008, que permitió establecer la delimitación de la zona saturada según los resultados de la modelación de calidad del aire y análisis de trayectorias, el desarrollo de la ciudad y actividades económicas,

futuros de expansión y la situación geográfica y meteorológica de la zona de la ciudad de Calama y sus alrededores en su totalidad, tanto urbanas como rurales.

A su vez, el considerando 5º indica que el objetivo de las normas primarias de calidad ambiental es la protección de la salud de las personas, y por su parte, que la Declaración de Zona Saturada es condición necesaria para la elaboración de un Plan de Descontaminación Atmosférica de la ciudad de Calama y su área circundante, cuyo Anteproyecto fue aprobado por Resolución Exenta N° 0496 de fecha 17 de mayo de 2019, instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad recuperar los niveles señalados en las normas primarias de calidad ambiental de una zona saturada.

Cuarto. Que, por otro lado, se debe precisar la definición de Programa de Cumplimiento (PdC) según el artículo 2º literal g) del DS N°30/2012, que Aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, definiéndolo como aquél “Plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”. Así también se reconoce que la presentación de un PdC exige el pronunciamiento expreso de la SMA debiendo atenerse a criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, conforme al artículo 9º del mismo Decreto, en relación al artículo 42 de la ley N°20.417, y que a continuación se pasan a detallar.

Quinto. Sobre el tema en análisis, es pertinente tener presente que la norma citada, regula el PdC en cuanto a su definición, oportunidad y procedencia, así como los efectos de su aprobación y ejecución. También, en específico, el artículo 9º del DS N°30/2012, señala que “La Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento deberá atenerse a los siguientes criterios:

- a) Integridad: Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos.
- b) Eficacia: Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.
- c) Verificabilidad: Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

En ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios.

La Superintendencia se pronunciará respecto al programa de cumplimiento y notificará su decisión al infractor. En caso de ser favorable, la resolución establecerá los plazos dentro de los cuales deberá ejecutarse el programa y, asimismo, deberá disponer la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio. En caso contrario, se proseguirá con dicho procedimiento”.

Sexto. Respecto al criterio de integridad, se ha indicado que “[...] comprende una doble dimensión, aquella referida a que el PdC debe comprender todos los cargos contenidos en la Formulación de Cargos (“FDC”) y, aquella que comprende cada cargo en particular. En esta última dimensión, se entiende que debe considerarse tanto las acciones y metas para asumir el hecho infraccional como sus efectos, ambas dimensiones, han sido confirmadas por los Tribunales Ambientales” (Hervé, Dominique y Plumer, Marie, Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: El caso del Programa de Cumplimiento, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°245, 2019, p.34).

Agregan las autoras, refiriéndose al mismo criterio, que “es más bien un criterio formal, de carácter cuantitativo, que se expresa en determinar si el PdC presentado cumple o no con presentar acciones y materias respecto de todas y cada una de las infracciones de la FDC, como asimismo de sus efectos, sin ser relevante la calidad o efectividad de dichas acciones, lo que debe analizarse en el criterio de eficacia”.

Asimismo, respecto del criterio de eficacia indican que es “[...] el criterio de mayor complejidad, dado los múltiples tipos infraccionales posibles. Efectivamente, en este criterio también debe considerarse el binomio “infracción-efecto”, en el sentido que el PdC debe hacerse cargo de ambos. En todo caso, en materia de efectos, parece otorgarse un margen mayor de discrecionalidad a la autoridad, en cuanto no exige que producido un efecto a propósito de la infracción, en el marco del PdC éste deba ser necesariamente eliminado, ya que podría aceptarse la contención y reducción como un mínimo. Lo anterior, se deduce simplemente del tenor literal del artículo 9º del DS N° 30/2012, que indica [...] así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción”. Es decir, no se trataría de requisitos copulativos. Cuestión distinta es lo que

se refiere al hecho infraccional, ya que pareciera que allí no hay margen mayor. Efectivamente, el PdC debe asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental infringida”.

Séptimo. En este sentido y a modo complementario estos sentenciadores estiman del todo necesario, revisar criterios jurisprudenciales respecto de las materias en discusión, como se pasa a detallar, los que son aplicables para los puntos controvertidos 1 y 2 del presente fallo, sin perjuicio de lo que en cada controversia en particular se resolverá por este Tribunal.

Octavo. La sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-75-2015 “Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente”, resolvió en el considerando “Trigésimo segundo. Que, dicha interpretación es concordante con el texto expreso del artículo 9 del reglamento, que establece que el criterio de integridad exige que ‘[...] las acciones y metas del programa deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y sus efectos’. Una interpretación en contrario, que entendiera ‘por infracciones en que se ha incurrido’ la exigencia de que solo podrían formar parte de un programa de cumplimiento aquellas infracciones cuya responsabilidad estuviera ya acreditada, no sería correcta. Lo anterior, porque ello supondría que al presentarse o aprobarse un programa de cumplimiento el regulado estaría aceptando la responsabilidad en los hechos, lo que no se condice con el efecto aparejado al rechazo o incumplimiento del programa, que es la reanudación del procedimiento sancionatorio en la etapa de descargos y prueba, situación que no sería procedente si se entendiera que optar por el programa de cumplimiento implicaría aceptar responsabilidad”.

Noveno. Por su lado, la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-153-2017 “Veloza Rencoret, Hugo Rafael y otros con Superintendente del Medio Ambiente”, estableció en su considerando “Octogésimo sexto. Que, como ha sostenido el Tribunal en el considerando undécimo de la sentencia dictada en la causa de Rol R-160-2017, ‘[...] los criterios para aprobar un PdC confirman que este instrumento se estructura en función de retornar a un estado de cumplimiento, para así proteger al medio ambiente. En otras palabras, los señalados criterios se dirigen no sólo a asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, sino que también a que el administrado se haga cargo en su programa de los efectos de su incumplimiento. Es de tal importancia el cumplimiento de este binomio norma-efecto, que el estatuto reglamentario en su inciso 2° del artículo 9° establece una prohibición de carácter general, para evitar las consecuencias que se puede seguir de la aprobación de programas defectuosos, prescribiendo que: En ningún caso se aprobará programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios.”

Décimo. Así también, la Sentencia del mismo Tribunal, en causa Rol R-132-2016 caratulada “León Cabrera, Andrés Alejandro con Superintendencia del Medio Ambiente”, determinó en su considerando “Cuadragésimo quinto: Que, por todo lo anterior, se hace necesario que el titular describa los efectos que se derivan de los hechos, actos u omisiones que fueron parte de la formulación de cargos. Para el caso que estime que ellos no concurren, deberá señalar las razones de su ausencia, con un nivel de detalle que dependerá de las características del caso concreto, lo que debe ser determinado por la SMA. Sólo si cuenta con una correcta descripción de los efectos, se podrá precisar si las acciones y metas propuestas en el programa de cumplimiento cumplen con la obligación de ‘reducir o eliminar’ dichos efectos, satisfaciendo, de esta manera, los criterios de integridad y eficacia”.

Undécimo. Así también, el Primer Tribunal Ambiental en causa rol R-17-2019 acum. R-18-2019 y R-19-2019 denominada “Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente” en su considerando “Vigésimo sexto. Que, la presentación de un PdC exige el pronunciamiento expreso de la Superintendencia del Medio Ambiente debiendo atenerse a criterios de integridad, eficacia y verificabilidad. Por otra parte, la SMA no podrá aprobar programas de cumplimiento cuando el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción o perseguir un fin manifiestamente dilatorio. La autoridad administrativa podrá solicitar, fundadamente, los informes que juzgue necesarios a los organismos sectoriales con competencia ambiental. En efecto, la resolución que aprueba un PdC deberá establecer los plazos de ejecución y dispondrá la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio.”. Prosigue en su considerando “Ducentésimo décimo: Que, de conformidad a lo dispuesto en dicho cuerpo reglamentario, así como en la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental”, dictada por la SMA el año 2018, la SMA tiene la tarea de asegurar que dicha propuesta cumpla con los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad, de manera que si estos no se verifican, debe rechazar el PdC y, por consiguiente, reiniciar el procedimiento sancionatorio.”

Duodécimo. Que, por otro lado, para este Tribunal es fundamental la mirada sistémica e integradora de la aplicación del Derecho Ambiental y en particular del rol preventivo del Estado para garantizar el Derecho a

vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como se ha expresado por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia causa Rol N°5888-2019, en su considerando octavo: "Que, conforme a lo expuesto, la labor de la Superintendencia del Medio Ambiente debe ser entendida en el contexto, más amplio, de la normativa destinada a cautelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, en consecuencia, sus atribuciones y facultades no pueden ser comprendidas como restringidas y limitadas, exclusivamente, a la fiscalización y sanción de las conductas transgresoras vinculadas con actividades que hayan sido sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por el contrario, y considerando, en especial, la naturaleza de derecho público de las normas que regulan el quehacer del señalado ente, que señalan cuáles son sus atribuciones y que definen el modo en que puede ejercerlas, calidad que implica que tales disposiciones rigen in actum, forzoso es concluir que la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra obligada, por así disponerlo el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, a fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar el medio ambiente, con independencia de si las mismas han sido sometidas previamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puesto que, en la perspectiva del deber de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que recae sobre el Estado, sus funciones no se pueden ver constreñidas, de manera artificial, por una exigencia de esa clase, máxime si por intermedio de semejante determinación se podría omitir la realización de las conductas necesarias para salvaguardar el medio ambiente de daños ya producidos o se podría abordar su solución con una mirada ajena a la que es propia del derecho medio ambiental".

I. Respecto a las controversias asociadas al Cargo N°1 esto es, el no haber contratado a un ETFA con autorización vigente para la realización del monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en el aire y monóxido de carbono, desde el año 2017 a la fecha.

Decimotercero. Sobre este punto la reclamante señaló que la ilegalidad del acto recae por la aprobación de un acto jurídico o material que es contrario al ordenamiento jurídico, ya que la SMA habría aprobado el mencionado PdC en abierta contradicción a lo establecido en la Constitución Política de la República, Ley N°19.300, DS N°59/1998, DS N°61/2008, DS N°57/2009, DS N°136/2001, como fue alegado en estrado. Agregó que durante todo el procedimiento sancionatorio no se solicitó informes de otros servicios públicos relevantes como por ejemplo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena ("CONADI").

Decimocuarto. Por otro lado, señaló que el órgano reclamado tampoco se habría ajustado a los reglamentos y a otras disposiciones aplicables al caso. Además, las acciones aprobadas no lograrían satisfacer los criterios de integridad, eficacia, ni verificabilidad, ya que la infracción sí generaría efectos negativos por la ausencia de validez de resultados de medición del componente aire. Debido al mismo motivo, no podría acreditarse el cumplimiento de las acciones y metas.

Decimoquinto. Sostuvo la Reclamante que el PdC es ilegal fundamentándose en los siguientes hechos:

1° Que, la Estación de Monitoreo "Escuela Básica D-126", no permitiría obtener resultados válidos de medición del componente aire por incumplir con las indicaciones del artículo 8° del DS N°59/1998.

2° Que, para descartar los efectos negativos la empresa habría omitido que la ciudad de Calama fue declarada zona saturada por MP-10, y que, a su vez, la SMA al aprobar el PdC no ponderó las actuales condiciones de la comuna, en cuanto a su saturación.

3° Que, el "Informe modelación de dispersión de contaminantes atmosféricos" que sirvió como suministro para descartar efectos negativos al cargo N°1, carece de todo sustento científico, ya que se utilizó en una DIA que fue desistida por el titular y donde se había desestimado por autoridades comunales en dicho procedimiento.

4° Que, el PdC no se hace cargo de graves irregularidades del actual emplazamiento de la empresa, estando instalada en cercanías de la reclamante, Teletón y Comunidad Yalquincha.

Decimosexto. Por su parte, la SMA señaló que las alegaciones planteadas por la reclamante carecen de fundamento y deben ser rechazadas. Indica que en cuanto al criterio de integridad el PdC contiene ocho acciones y metas para hacerse cargo de todas las infracciones y sus efectos.

Decimoséptimo. En cuanto a la eficacia, el órgano estatal señala que estas acciones y metas deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, esto es, procurar un retorno al cumplimiento ambiental y la mantención de esa situación y, además, el presunto infractor debe adoptar las medidas para contener y reducir, o eliminar, los efectos negativos de los hechos que constituyen infracciones; respecto del cargo N°1 la empresa contratará y efectuará el monitoreo de calidad de aire mediante un ETFA; respecto del cargo N°2, realizará el estudio de

plomo en suelo y remitirá los resultados de la actividad desarrollada el año 2017; y del cargo N°3, se subsanarán las deficiencias en la infraestructura de almacenamiento.

Decimoctavo. En relación a la verificabilidad la SMA consideró que el PdC incorpora medios de verificación idóneos y suficientes, que aportan información exacta y relevante para evaluar el cumplimiento de cada una de las acciones propuestas, las que guardan armonía y sentido con los indicadores de cumplimiento respectivos.

Decimonoveno. Prosiguió la SMA señalando que constató que los informes de seguimiento relativos a los monitoreos de calidad del aire y mediciones isocinéticas fueron realizados por la empresa CORDAY Ingeniería y Medio Ambiente, que no posee certificación para realizarlos de acuerdo a lo observado por Seremi de Salud, por lo que no fueron considerados por la SMA, y se le encargó a dicha Seremi el análisis de monitoreos de calidad del aire y mediciones isocinéticas, correspondiente al periodo comprendido entre los años 2013 al 2015, concluyendo la autoridad sanitaria que no existieron excedencias de acuerdo a los compromisos establecidos en la RCA N°125/2004 por parte del titular. A su vez el órgano reclamado señaló que le formuló cargo al titular por haber realizados las mediciones con una empresa no ETFA.

Vigésimo. Se indica además que el PdC contempló tres acciones en este punto: contratar a un ETFA, realizar cuatro campañas de monitoreo de MP10 y monóxido de carbono; y una acción alternativa. La empresa descartó efectos negativos ya que, respecto a la calidad del aire en Calama, los resultados medidos para CO (monóxido de carbono) y Pb (plomo) en material particulado, indican valores que son un 10% inferiores a los límites establecidos en las respectivas normas primarias, y respecto de los valores asociados a MP10, se evidencia una mejoría gradual.

Vigésimo primero. En relación a los informes y las alegaciones de la reclamante, la SMA sostuvo que:

En cuanto a la 1° subalegación indicó que la reclamante sustenta sus alegaciones solo en fotografías, sin acreditar sus dichos y sin acompañar ningún antecedente que acredite lo indicado. Además, la Resolución N°4.134/2004 del 27 de septiembre de 2004, emitido por el Servicio de Salud de Antofagasta, siendo ésta la entidad encargada de calificar la representatividad poblacional de las estaciones de monitoreo.

En cuanto a la 2° subalegación El informe de emisiones presentado por la empresa considera en su análisis la calidad del aire de Calama. El capítulo 3.2. considera el Inventario de Emisiones MP10 y considerando que la totalidad de las fuentes de la ciudad de Calama, incluida RECIMAT, corresponden al 1,27% del total de las emisiones en el área saturada, que totalizan 37.098 t/año, las emisiones de MP10 consideradas para RECIMAT corresponden al 0,009% de las emisiones totales, y el 0,72% de las emisiones de las fuentes de la ciudad.

En cuanto a la 3° subalegación la empresa complementó el análisis que había efectuado por medio del documento citado, que formaba parte de la DIA que había sido desistida por la misma, donde destaca que aún en un escenario hipotético donde RECIMAT duplica su capacidad de procesamiento de baterías, el efecto sobre los receptores no sería significativo.

En cuanto a la 4° subalegación no es de competencia de la SMA valorar la forma en que se evalúan ambientalmente los proyectos. Lo que si se ponderó por parte de la SMA fue la infracción del titular que pudo haber generado efectos negativos a la salud de las personas, lo cual, fue descartado.

Vigésimo segundo. Que, este Tribunal entiende que a través de las Declaraciones de Impacto Ambiental aprobadas le es obligación al titular del proyecto, en este caso RECIMAT, cumplir con toda la normativa ambiental vigente, conforme lo indica la Ley N°19.300 en su artículo 2° literal f), en concordancia con lo indicado en el artículo 19 del DS N°40/2012 sobre contenidos mínimos de la DIA, y artículo 63 sobre Calificación ambiental favorable de la Declaración, donde se señala expresamente que el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, lo que involucra las Normas de Calidad vigentes esto es, DS N°59/1998 sobre Monitoreo de Calidad del aire de Material Particulado Respirable (MP10) y DS N°136/2000 sobre Monitoreo de concentración de plomo en el aire, y DS N°115/2002 sobre Monitoreo niveles de concentración de Monóxido de carbono en el aire; como se expresa en la RCA de RECIMAT N°125/2004 que aprueba el proyecto “Recicladora y refinadora de residuos mineros y metales no ferrosos” y N°121/2004 que aprueba el proyecto “Fábrica de ánodos insolubles de Plomo” de Industria Proveedoradora de Partes Metalúrgicas Limitada, conformando ambas empresas el grupo Inppamet.

Vigésimo tercero. Por su lado, según el artículo 2° de la LOSMA señala expresamente que la SMA tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las RCA, las medidas de los Planes de Prevención y/o Descontaminación, el contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y

de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la Ley. Ello en concordancia con el artículo 3° literal ñ) sobre directrices técnicas de carácter general y obligatorio, incluyendo los sujetos de fiscalización, los que deberán aplicar el examen, control y medición del cumplimiento de las Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

Vigésimo cuarto. Asimismo, el artículo 16 de la LOSMA sobre Fiscalización Ambiental, le encomienda a la SMA, en sus literales a) y b) los programas y subprogramas de sectoriales de fiscalización de las RCA respectivamente, y en los literales c) y d) los programas y subprogramas de fiscalización de Planes de Prevención y/o Descontaminación, y los literales e) y f) los programas de fiscalización de las Norma de Calidad y Normas de Emisión respectivamente. En tal sentido, le es obligación a la SMA la supervigilancia del cumplimiento de dichos instrumentos de gestión ambiental, de manera integral, sistémica y coherente con el ordenamiento jurídico vigente, en función del Deber del Estado sobre el resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de garantizar dicho derecho a la sociedad en su conjunto.

Vigésimo quinto. Así las cosas, previo a resolver, es necesario precisar algunos conceptos y definiciones contenidas en el DS N°59/1998 que establece la Norma de Calidad Primaria para material particulado respirable MP10, que establece en su artículo 1° literal f) “Estación de monitoreo de material particulado respirable MP10 con representatividad poblacional (EMRP): Una estación de monitoreo podrá clasificarse como EMRP si se cumplen simultáneamente los siguientes criterios: i) que exista al menos un área edificada habitada en un círculo de radio de 2 km, contados desde la ubicación de la estación; ii) que esté colocada a más de 15 m de la calle o avenida más cercana, y a más de 50 m de la calle o avenida más cercana que tenga un flujo igual o superior a 2.500 vehículos/día. [...]”.

Vigésimo sexto. Esta misma Norma precisa que para efectos del emplazamiento de un colector de muestras de MP10 en una EMRP, se deben considerar los siguientes aspectos, que versan en el artículo 8° literal c) “Obstrucciones espaciales: i) Si el monitor es colocado sobre un techo o sobre otra estructura similar, entonces debería estar mínimo a 2 m de distancia de la pared más cercana, de una casa o cualquier otro obstáculo vertical; ii) Es aconsejable que los colectores estén a una distancia de aproximadamente 10 veces la altura del obstáculo mayor que esté en la misma dirección del viento.[...] v) La posición de un colector debe ser tal, que permita un área libre de obstáculos que proporcione a lo menos un arco de 270° para poder recolectar libremente y sin restricciones las muestras de MP10”.

Vigésimo séptimo. Que, para los efectos de la revisión del Cargo N°1, el PdC estableció como Meta “Realizar por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA) con autorización vigente el monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en Material Particulado y monóxido de carbono” y contempla las siguientes acciones, que se estimaron aptas para el retorno al cumplimiento de la normativa ambiental:

Acción N°1: Contratar ETFA con autorización vigente para elaborar las 4 campañas de monitoreo de calidad del aire: material particulado respirable MP-10, concentración de plomo en MP-10 y monóxido de carbono en un año calendario (año 2021);

Acción N°2: Ejecución de las 4 campañas de monitoreos de material particulado respirable MP-10, concentración de plomo en MP-10 y monóxido de carbono, del año 2021; y,

Acción N°3: Acción alternativa en caso de no poder ejecutar la Acción N°1, procederá a realizar las actividades de muestreo, análisis y/o medición mediante entidad autorizada por un organismo de la Administración del Estado, por el Instituto Nacional de Normalización o por una empresa con experiencia en la realización de dichas actividades”.

Vigésimo octavo. Que, a la luz de los antecedentes del expediente administrativo y judicial, como de la inspección personal del Tribunal a la zona de emplazamiento del proyecto RECIMAT y su área de influencia respecto de la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, Teletón y Comunidad Indígena Yalquincha; en relación a la aplicación de los criterios de aprobación del PdC según el artículo 9 del DS N°30/2012 (integridad, eficacia y verificabilidad) y su relación con los artículo 1° y 8° del DS N°59/1998, DS N°136/2000, DS N°57/2009, incluyendo las exigencias y compromisos de las propias RCA N°125/2004 y N°121/2004, respecto del cargo N°1 estos sentenciadores procederán a analizar las acciones propuestas por RECIMAT en su PdC y aprobadas por la SMA luego de 4 versiones de dicho instrumento, con el fin de determinar si estas cumplen o no con las

exigencias legales ya citadas, en una mirada sistémica e integral de la normativa ambiental que le aplica a la Unidad Fiscalizable en comento.

Vigésimo noveno. Respecto de la revisión y análisis del cumplimiento del criterio de integridad, donde las acciones y metas propuestas en el PdC deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos, se evidencia de la revisión de los antecedentes asociados a la Estación de Calidad del Aire Escuela Kamac-Mayu, incumplimientos normativos y de operaciones de fondo, tanto respecto de ubicación, operación en toma de muestras por entidad ETFA sin autorización vigente, para el monitoreo y debida validez de la reportabilidad en los compromisos ambientales respecto de MP10, Plomo y CO según se obligan en la RCA N°125/2004, cuyo fin es resguardar el objeto de protección ambiental calidad del aire y con ello la salud de la población de la ciudad de Calama, en particular para la zona donde se emplaza la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, Teletón y Comunidad Indígena Yalquincha, más cercanas a las actuales instalaciones industriales de RECIMAT.

Trigésimo. Por su parte, el informe justificativo para descartar efectos (capítulo 3.2) considera el Inventario de Emisiones MP10 y donde se argumenta que los aportes de RECIMAT, corresponden al 0,009% del total de las emisiones en el área saturada en Calama. Sin embargo, dichos argumentos no tendrían sustento técnico, al apoyar dicha aseveración en información de una EMRP que presenta deficiencias en su emplazamiento, operación y reportabilidad de monitoreo por una entidad no acreditada por el SMA, más aún cuando el foco del análisis se centra en MP10, en circunstancias que lo esencial para la empresa RECIMAT es el monitoreo acabado y exhaustivo de plomo en la atmosfera, según el DS N°136/2001 y su efecto acumulativo en el suelo y la población a que se compromete en la propias RCA N°125/2004, cuestiones poco claras y sin rigor científico a la luz de su seguimiento y fiscalización, tanto por la Autoridad Sanitaria como por la SMA, de acuerdo a los que se explicará más adelante.

Trigésimo primero. En este sentido, centra su análisis en lo que significó la falta de cumplimiento de la normativa en la operación de la Estación de monitoreo de la calidad de aire MP10 Escuela Kamac-Mayu, según artículo 1° literal f) punto ii) del DS N°59/1998, que exige que la EMRP esté colocada a más de 15 m de la calle o avenida más cercana, situación que en los hechos no ocurre, por cuanto dicha estación está a menos de 10 metros de la calle Chañarillo, como se apreció en la inspección personal por este Tribunal y puede observarse en la imagen Google Earth siguiente.

Fotografía 1. Vistas de la Estación de Monitoreo de calidad del Aire en techo Escuela Kamac Mayu.



Fuente: Fotografía tomada por el Primer Tribunal Ambiental en Acta de Inspección Personal, referida a figura 16 del Informe Fiscalización DFZ-2016-695-II-RCA-IA.

Figura 2. Emplazamiento de Estación de Monitoreo de Calidad del Aire Escuela D-126 Kamac-Mayu y detalle de distancia a calle Chañarillo, distancia y ángulo libre de obstáculos.



Fuente: Elaboración propia en base a Expediente Administrativo y Judicial causa R-42-2021.

Trigésimo segundo. Asimismo, se incumple el artículo 8° literal c) sobre Obstrucciones espaciales en los puntos ii) y v) del DS N°59/1998, ya que la Estación tiene sus colectores a una distancia de 6 metros aproximados, menor a 10 veces la altura del obstáculo mayor (pared del galpón que se ubica al sur poniente de la Estación) como se observa en la Figura N°2 y Fotografía N°1, lo que obviamente obstaculiza por la dirección y circulación del viento; como a su vez, la posición del colector no cumple el requisito de tener un área libre de obstáculos que proporcione a lo menos un arco de 270° para poder recolectar libremente y sin restricciones las muestras de MP10. Hechos detectados y plasmados en los expedientes de Fiscalización DFZ-2016-695-II-RCA-IA, y observados en la visita inspectiva del Tribunal.

Trigésimo tercero. Que, a mayor abundamiento, es la propia profesional técnico de SMA Sra. Cortez, quien indica “que lo que le interesa al órgano reclamado es que no se emita un volumen de contaminantes por parte de la empresa que pueda afectar a la población. En este sentido, el análisis isocinético resulta mucho más importante para el aporte en calidad de aire, ya que, en la estación de la Escuela, jamás se va a poder medir la calidad del aire, ya que la estación no cumple los estándares, está mal ubicada, debido que, con el transcurso del tiempo, la estación no cumple con la representatividad y estándar respecto del ángulo 270°, pero si se puede saber el impacto en el aire en los estudios isocinéticos que realiza la empresa en la planta”.

Trigésimo cuarto. En este orden de ideas, más allá de la Resolución Exenta N°4.134/2004 del Servicio de Salud de Antofagasta, que en su momento autorizó la Estación de Monitoreo Kamac-Mayu; esta misma entidad es quien expresa respecto del estudio denominado “Informe modelación de dispersión de contaminantes atmosféricos”

que sirve como suministro para descartar efectos negativos al cargo N°1, corresponde a un informe incorporado a la DIA denominada “Proyecto complemento módulo RAM” y que fue desistido por el Titular el 11 de mayo del año 2018, debido que, como sostuvo la SEREMI de Salud (ORD N°552 del 10 de mayo de 2018): “que sus aspectos técnicos no han sido debidamente presentados o abordados, existiendo dudas razonables respecto de la estimación de los posibles impactos y las medidas de control que pudieran ser necesarias, no siendo posible en consecuencia, descartar que este proyecto no generará riesgo para la salud de la población”. (...) “en conclusión, la información presentada por el titular no permite ponderar adecuadamente los posibles impactos en materia del aire, asociado a las emisiones de plomo del proyecto, no siendo posible descartar la generación de riesgo a la salud de la población debido a las emisiones del proyecto”.

Trigésimo quinto. De igual manera, el mismo DS N°59/1998 en su artículo 6° obliga al Servicio de Salud respectivo mediante resolución fundada, a aprobar la clasificación de una estación monitora de material particulado respirable como una EMRP, de acuerdo a las condiciones establecidas en la definición que se indica en el artículo 1° de la norma citada. Donde, además precisa que las condiciones de cumplimiento para tal clasificación deberán ser evaluadas nuevamente en la etapa de recopilación de antecedentes para la declaración de una zona como saturada (que es la situación de Calama, según el DS N°57/2009 y que atañe a la empresa RECIMAT y sus compromisos ambientales) o latente y en la etapa de revisión periódica de los planes de descontaminación o de prevención (que es la situación actual de Calama según Resolución Exenta N°0496 del 17 de mayo de 2019 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba anteproyecto del Plan de Descontaminación Atmosférica para dicha ciudad y su área circundante). [...] Así, para cada EMRP el Servicio de Salud competente deberá indicar una estimación de la población expuesta, en valor absoluto y como porcentaje de la población total expuesta en la zona saturada y la identificación del área geográfica específica.

Trigésimo sexto. A mayor abundamiento, las acciones y metas planteadas para abordar el cargo N°1 del PdC aprobado por la SMA evidencian una clara falta de integración y abordaje sistémico del control normativo por parte de RECIMAT y la SMA, respecto de sus compromisos adquiridos en virtud de la RCA N°125/2004 y su relación con la RCA N°121/2004, evidenciando a la luz de los antecedentes, que es materialmente imposible hacerse cargo de los efectos ante la ausencia de una ETFA acreditada en el muestreo, con la medición y análisis de información de una Estación de Monitoreo que no cumple los estándares básicos para el control de MP10, CO y en especial Plomo como ha quedado de manifiesto, siendo imposible dar certeza científica razonable a preguntas básicas del monitoreo de la calidad del aire MP10, CO y en particular plomo, como por ejemplo: ¿Cuál fue y es el comportamiento multitemporal de la contaminación por MP10, CO y Plomo en el área de influencia del proyecto en su operación a distintos horarios del día, en distintos meses y estaciones del año?, ¿cómo ha sido su evolución a lo largo de los años respecto del Plomo y atendiendo la condición de Zona Saturada de la ciudad de Calama?, etc., lo que obviamente viola el criterio de integridad del artículo 9° del DS N°30/2012.

Trigésimo séptimo. Que, respecto del criterio de Eficacia, esto es que las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción; se evidencia que las acciones N° 1, 2 y 3 del PdC aprobado, no aseguran volver al cumplimiento de la normativa infringida; ni contienen, ni reducen ni eliminan los efectos de los hechos que constituyen la infracción de falta de monitoreo y seguimiento ambiental por ETFA no acreditada y certificada; esto ligado al hecho que dicha entidad no advirtió que la Estación de Monitoreo de Calidad del aire Escuela Kamac-Mayu no cumple los estándares de la normativa vigente del DS N°59/1998 y del DS N°136/2001, lo que no permite en los hechos obtener resultados válidos de medición del componente aire; sumado al hecho que el “Informe modelación de dispersión de contaminantes atmosféricos” carece de sustento científico ya que la DIA “Proyecto complemento módulo RAM” en la que fue presentado, fue desistida por el titular, y en consecuencia no ha sido validado por la autoridad sanitaria.

Trigésimo octavo. Que, la RCA N°125/2002 en su numeral 6.4. Emisión de Gases y Material Particulado, señala que “las actividades del Proyecto no generarán emisiones de gases y material particulado a la atmósfera en concentraciones mayores a las establecidas en la legislación vigente o que puedan ocasionar un riesgo a la salud de las personas”, y que dicho objetivo “se logra, en el horno rotativo, por medio de un sistema de extracción y captación de gases y material particulado, el cual posee una cámara de post-combustión, para completar la combustión de los gases, un enfriador, un precipitador por gravedad y un sistema de filtros de mangas, cuya memoria de cálculo se presenta en el Anexo 7 de la DIA”. Además, de precisar la realización de un “monitoreo isocinético semestral” de las emisiones o material particulado producido por las chimeneas.

Trigésimo noveno. Asimismo, se señala que “Con relación a emisiones fugitivas en el anexo 7 de la DIA se presentaron los planos y memoria de cálculo del sistema de extracción y captación de gases y material

particulado, el que incorpora tanto el sistema de extracción directo del horno rotatorio, como el confinamiento de los gases fugitivos con su respectivo sistema de extracción y filtrado, además de las campanas, conductos, sistemas de enfriamiento de gases y filtros”.

Cuadragésimo. Sin embargo, en los hechos respecto de la operación y funcionamiento de RECIMAT, para reciclar y refinar residuos mineros y metales no ferrosos, incluyendo baterías que contienen plomo, se tiene antecedentes del expediente administrativo y judicial sobre denuncia realizada por el Señor Wilfredo Edgar Laos Pérez presentada el 4 de marzo de 2016 a la SMA, concerniente a las emisiones atmosféricas (fojas 147). Lo anterior en razón de la sanción establecida en la Res. Ex. N°142 de fecha 13 de enero de 2016, de la Seremi de Salud, quien decretó la medida sanitaria de “prohibición de funcionamiento”, toda vez que entre los aspectos relevados en acta de inspección, en la ocasión, se constató que los resultados de plomo arrojaron rangos 11,45 veces superiores al límite permitido, en el área de barra 43,6 veces, el área de grúa 7,2 veces, y en el sector de la fundición sobre 19 veces, constituyendo así, un conjunto de incumplimientos graves asociados a la salud de los trabajadores (Fojas 129). En este sentido, la Seremi de Salud resolvió el sumario sanitario N°18-2016, mediante Res. Ex. N°2459, instancia en la que se aplicó una multa de 700 Unidades Tributarias Mensuales al titular (Fojas 273).

Cuadragésimo primero. De igual forma, se apreció en visita inspectiva del Tribunal al proyecto, que el horno rotatorio (donde se funden los materiales con plomo), genera gases fugitivos que no son capturados por el sistema de extracción y filtrado, ni contenidos en la campana externa del horno (sistema de protección y contención de gases del proceso de fundición) lo que se aprecia en el hollín de las paredes externas del sistema de campana, como se observa en la fotografía N°2. Además, la infraestructura del galpón presenta evidentes aberturas en el techo, el cual no está debidamente sellado o encapsulado para evitar la fuga al ambiente de los gases fugitivos emanados del proceso de fundición, lo que imposibilita contenerlos y confinarlos dentro del recinto; y que si bien se desconoce el contenido contaminante de dichos gases, al menos es plausible inferir que contienen presencia de MP10, Plomo y CO, que deben ser abatidos y obviamente debidamente monitoreados, tanto con las mediciones isocinéticas semestrales comprometidas en la planta, como con la Estación de Calidad del aire Escuela Kamac-Mayu, la cual como se indicó no cumple hasta la fecha el estándar de la normativa vigente.

Fotografía 2. Vista de planta de fundición, hornos y cucharas.



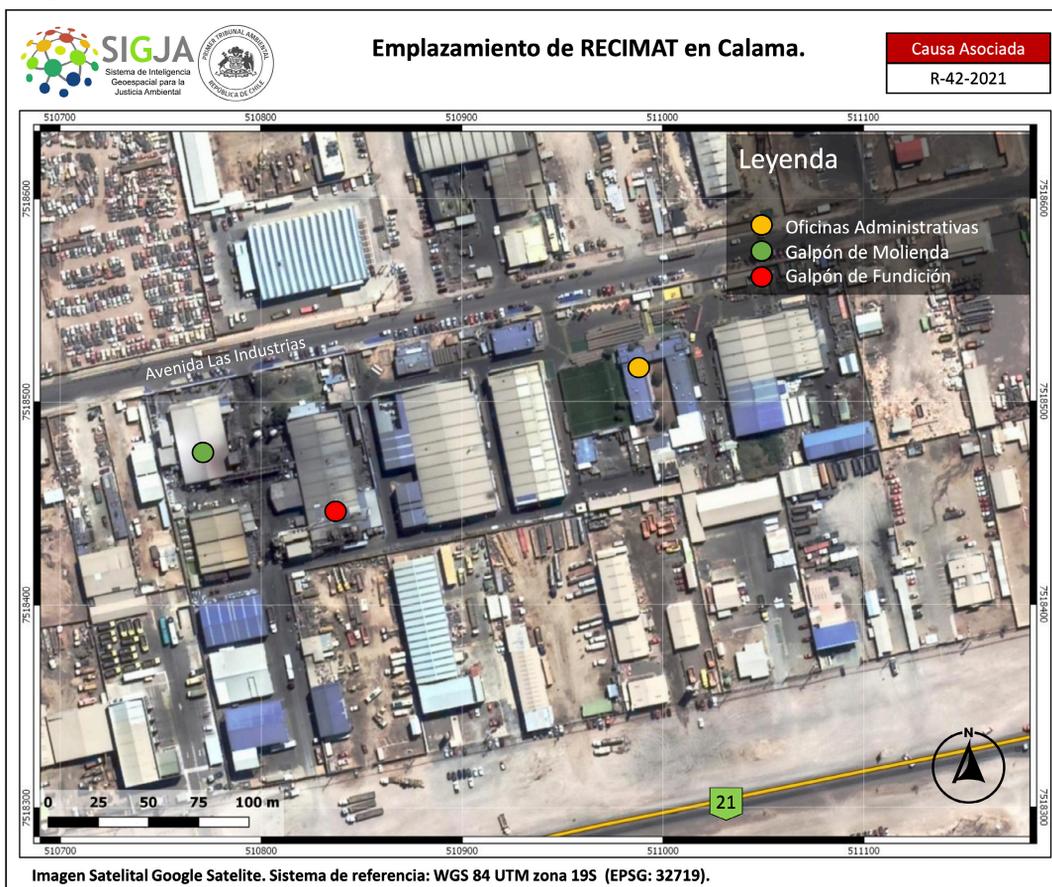
Fuente: Fotografía tomada por el Primer Tribunal Ambiental en Acta de Inspección Personal.

Cuadragésimo segundo. De igual manera, del mero y simple análisis de los Mapas de concentración de plomo en el suelo (figuras N°5 y N° 6) se aprecia eventuales efectos de contaminación por concentración de plomo en el área de emplazamiento, tanto en las anteriores y en las actuales instalaciones de la Planta RECIMAT, situación

que pudiese estar relacionada con los contaminantes atmosféricos derivados del proceso de fundición y la falta de captura de emisiones fugitivos.

Cuadragésimo tercero. Asociado a lo anterior, una visualización en la visita inspectiva y de la imagen Google Earth de la zona de emplazamiento y operación de RECIMAT, se aprecian techumbres e infraestructura con colores más opacos, lo que puede estar dando cuenta de la salida de material y gases fugitivos sin la debida captura y contención de contaminantes (MPI0, CO y Plomo) del proceso de fundición de baterías u otros materiales, lo que sumado al hecho de no contar con ETFA acreditada y Estación de Monitoreo de Calidad del aire que cumpla la normativa vigente, resultaría un incumplimiento a los compromisos ambientales de las RCA N°121/2004 y RCA N°125/2004, en orden a que “las actividades del Proyecto no generarán emisiones de gases y material particulado a la atmósfera en concentraciones mayores a las establecidas en la legislación vigente, o que puedan ocasionar un riesgo a la salud de las personas”.

Figura 3. Imagen Google Earth de emplazamiento actual de RECIMAT en Sector Puerto Seco de la ciudad de Calama.



Fuente: Elaboración propia, en base al Expediente Judicial en base a ubicación actual de RECIMAT.

Cuadragésimo cuarto. La situación anterior respecto a la falta de encapsulamiento del Galpón de trabajo donde operan los hornos rotatorios y el sistema de campana, es sumamente delicada por cuanto, por un lado no genera un sistema eficiente de captura completa de gases contaminantes producto de la fundición de los hornos, ya que el sistema de extracción y captación de gases y material particulado que posee una cámara de post-combustión para completar la combustión de los gases, además de un enfriador y un precipitador por gravedad, junto con un sistema de filtros de mangas, no permite capturar el 100% de los gases fugitivos y por tanto las mediciones isocinéticas que se hacen semestralmente pueden estar arrojando información subestimada de dichos gases contaminantes emitidos del proceso.

Cuadragésimo quinto. En segundo lugar, se generan gases fugitivos que van directamente al ambiente debido a que el techo del galpón tiene evidentes aberturas en las inmediaciones del horno (Fotografía N°2), sumado a que se cuenta con una Estación de Calidad del aire comprometida por el titular mediante las RCA N°125/2004 y N°121/2004, la que no cumple con las exigencias mínimas de las Normativas Primarias de Calidad DS N°59/1998 y del DS N°136/2001. A esto se suma que los informes, mediciones y análisis han sido realizados por una entidad No acreditada no cumpliendo así con lo dispuesto en el DS N°38/2013 sobre Reglamento de ETFA y Res. Ex N°986/2016 de la SMA, genera una situación de incertidumbre y riesgo no tolerable para resguardar la Calidad del aire y la salud de la Población en el área de influencia de RECIMAT.

Cuadragésimo sexto. En este sentido, llama la atención a estos sentenciadores, por qué la SMA no ha exigido a RECIMAT abordar diligentemente las medidas técnicas, constructivas y operativas que permitan dar absoluto confinamiento a los gases fugitivos emanados del horno rotativo y su campana, a fin de evitar que dichos elementos contaminantes se dispersen al medio ambiente afectando la calidad del aire y poniendo en riesgo la salud de la población de Calama.

Cuadragésimo séptimo. Por otro lado, el DS N°136/2001 que establece Norma de Calidad Primaria para Plomo en el aire, en su artículo 1° señala que tiene por objetivo proteger la salud de la población del país y en particular la población infantil, de aquellos efectos crónicos y crónicos diferidos generados por la exposición a niveles de concentración de plomo en el aire. Mientras que en su artículo 5° expresa que el muestreo de material particulado se deberá efectuar a lo menos una vez cada 3 días, precisando en su artículo 6° que se considerará como valor de concentración anual válido, aquel determinado a partir de mediciones realizadas durante a lo menos 11 meses.

Cuadragésimo octavo. Lo anterior, está directamente relacionado con la exigencia del artículo 7° del DS N°136/2001 que señala que “El Servicio de Salud respectivo, mediante resolución fundada, que deberá publicarse en el Diario Oficial, aprobará la clasificación de una estación de monitoreo de plomo EMPB, de acuerdo a las condiciones establecidas en la definición que se indica en el artículo 2° de la presente norma.

El Servicio de Salud respectivo deberá tener a disposición de la ciudadanía los datos sobre los niveles anuales de concentración de plomo en aire, los que serán públicos.

Las estaciones de monitoreo deberán ser evaluadas y reclasificadas, si se considera pertinente, en la etapa de recopilación de antecedentes para la declaración de una zona saturada o latente y en la etapa de revisión periódica de los planes de descontaminación o de prevención. De igual manera, se procederá a esta evaluación o reclasificación cuando la Comisión Nacional del Medio Ambiente lo solicite o el Servicio de Salud respectivo lo disponga”.

Cuadragésimo noveno. En esta línea, el artículo 9° de dicha Norma de Calidad, señala que “Para efectos de determinar los lugares prioritarios, dentro del país, en que se deberá instalar redes de monitoreo a fin de evaluar el cumplimiento de la presente norma, deberá considerarse los siguientes antecedentes: 1. Cantidad de población urbana expuesta; 2. Presencia de desarrollos industriales significativos emisores de plomo o de acopios de minerales, transporte, carga y descarga de los mismos o residuos que contengan plomo; [...]” entre otras consideraciones; cuestión que sería propia de la naturaleza del proyecto RECIMAT que procesa Plomo en la ciudad de Calama.

Quincuagésimo. Que por su lado, el enfoque del compromiso ambiental de la RCA N°125/2004 sobre la materia, en su punto 6.4 Emisiones de Gases y Material Particulado, letras a), b) y c) y su relación a las Normas de Calidad Primaria DS N°59/1998, estipula que el monitoreo de calidad del aire durante el primer año corresponderá a cuatro campañas anuales con representación estacional de un mes de duración cada una, situación que se repite y asimila para el supuesto cumplimiento de los DS N°136/2002 y DS N°115/2002; especificándose que para el caso de la Norma de Calidad Primaria de Plomo en el aire, que “se compromete a realizar análisis de plomo en los filtros que se obtengan en las mediciones de material particulado respirable MP-10. La frecuencia de monitoreo será de cuatro campañas de monitoreos anuales”.

Quincuagésimo primero. Que para estos sentenciadores, esta situación llama poderosamente la atención, por cuanto las Normas Primarias de Calidad, constituyen instrumentos de gestión ambiental que busca proteger la salud de la población, en términos mucho más estrictos que lo enunciado en las RCA N°121 y 125/2004, instrumentos de gestión ambiental que a su vez deben supeditarse a cumplir dicho estándar, situación que en

los hechos no ha sido cumplido por RECIMAT, ni puede ser subsanado conforme a las metas y actividades propuestas en el PdC para volver al cumplimiento normativo respecto del cargo N°1.

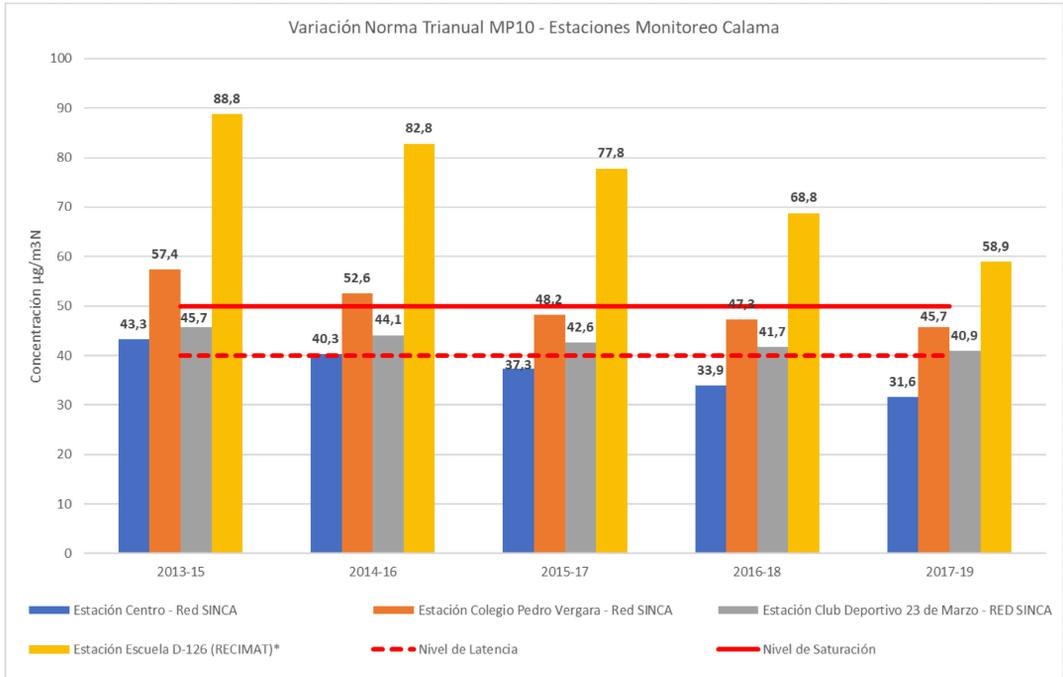
Quincuagésimo segundo. De los antecedentes tenidos a la vista, como de la inspección personal del Tribunal, llama la atención de estos sentenciadores, la falta de debida coordinación entre la SEREMI de Salud y SEREMI de Medio Ambiente de Antofagasta con la SMA, a fin de que la empresa RECIMAT establezca y opere la Estación de Monitoreo de calidad del aire de la Escuela Kamac-Mayu, conforme los estándares y exigencias de las Normas de Calidad Primaria DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002, en apego al DS N°57/2009 que Declara Zona Saturada a la ciudad de Calama y su área circundante, y a la Resolución Exenta N°0496 del año 2019 que aprueba el Anteproyecto de Plan de Descontaminación Atmosférica de Calama.

Quincuagésimo tercero. A mayor abundamiento, respecto de lo razonado por RECIMAT y la SMA al aprobar las metas y acciones del cargo N°1, en orden a entender que el compromiso adquirido mediante el considerando 6.4 de la RCA N°125/2004 sobre Emisión de Gases y Material Particulado en relación con el DS N°59/1998, solo se refiere a la entrega de información parcializada la que puede ser registrada y reportada en un orden distinto al sentido de darle sistematicidad y regularidad al proceso de muestreo, lo que a juicio de estos sentenciadores, resulta a lo menos un contrasentido respecto del verdadero alcance del monitoreo de la calidad del aire, según se desprende del expediente de evaluación ambiental.

Quincuagésimo cuarto. En las RCA N°121/2004 y 125/2004 quedó consignado la realización de 4 monitoreos de calidad del aire MP10, CO y Plomo para el primer año, de un mes de duración cada uno y con representación estacional; entendiéndose estos sentenciadores que en los años siguientes se debe apegar al cumplimiento del estándar exigido en los DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002. A la luz de este razonamiento, este Tribunal no visualiza que en esa u otra instancia técnico-administrativa o por la propia SMA, se haya resuelto limitar el monitoreo de la calidad del aire en la Estación Kamac-Mayu a la opción de realizar 2 monitoreos en meses continuos, lo que en la práctica daría pie a un monitoreo semestral (2 veces al año), cambiando la naturaleza del mismo, ni menos a la ausencia de muestro específico y particular para el contaminante Plomo según las exigencias del DS N°136/2002, entendiéndose que se trata de un proyecto que funde y procesa dicho material, el cual es altamente contaminante y peligroso para la salud de la población.

Quincuagésimo quinto. Que, por otro lado RECIMAT se apoya en argumentos del Anexo 1 del PdC sobre Informe de Emisiones y Calidad del Aire de Calama, en el cual se utilizan los datos de calidad del aire extraídos de información disponible en el Sistema de Información Nacional de Calidad del Aire (SINCA) del Ministerio de Medio Ambiente, tanto de la red de monitoreo en línea como de la información histórica disponible, además de la información recolectada en las campañas de monitoreo realizadas por ella en la estación localizada en la Escuela Básica D-126 Kamac-Mayu.

Quincuagésimo sexto. Del citado informe del Anexo 1 del PdC se extraen análisis y conclusiones de los datos y gráficas que se presentan en la Figura N°4 siguiente, los cuales evidentemente no cuentan con un estándar y rigor científico conforme lo estipulan los DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002, y por lo demás el parámetro MP10 para la estación Kamac-Mayu sigue estando sobre el límite normativo de zona saturada de 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$.

Figura N°4. Variación trianual MP10 en Calama, incluyendo Estación Escuela Básica Kamac-Mayu D-126 (color amarillo).

Fuente: Modificado del Expediente Administrativo y Judicial en base al Anexo 1 PdC: Informe de Emisiones y Calidad del Aire de Calama

Quincuagésimo séptimo. Sin embargo, existe un serio cuestionamiento por la falta de validez científica de los datos de Calidad del Aire del SINCA, siendo la propia Contraloría General de la República la cual en su Informe de Investigación Especial N° 622-2017 sobre ausencia de un Plan de Descontaminación Atmosférica para la Ciudad de Calama, ha cuestionado la validez de dicha información, la que “verificó que durante el periodo 2013 - 2017 la evaluación de la norma de calidad de aire para material particulado respirable MP10, en la ciudad de Calama, no fue priorizada por parte del Ministerio de Medio Ambiente, debido a lo cual la Superintendencia del ramo no consideró su seguimiento”. Lo que se suma a que la Estación de monitoreo de calidad del aire Escuela Kamac-Mayu, opera fuera de norma DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002, incluyendo la medición y análisis por entidad ETFA no acreditada.

Quincuagésimo octavo. Por lo anterior, del informe no se podría concluir tajantemente como lo insinúa RECIMAT y la SMA, que respecto de los niveles de calidad del aire no existe riesgo para la salud de la población, ya que: (i) estos niveles actualmente monitoreados de CO y Pb en MP10, se encuentran en niveles inferiores al 10% del valor normado de $40 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ como máximo para Nivel de Latencia y de $50 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ como máximo para Nivel de Saturación; y, (ii) respecto al MP10, que se haya evidenciado una mejoría gradual; ya que como se aprecia en la gráfica anterior de datos de 3 estaciones de monitoreo, incluidas Escuela Kamac-Mayu -que opera fuera de normativa- superan los umbrales de latencia y en particular la mencionada estación supera permanentemente los umbrales de Saturación para MP10, de los cuales no es posible inferir cumplimiento de la Norma de Calidad DS N°136/2001 de Plomo en el aire.

Quincuagésimo noveno. Así las cosas, de la revisión del informe técnico que da cuenta de un análisis en relación al cumplimiento normativo de la Estación de Calidad del aire y la entidad ETFA para su operación de muestreo, medición y análisis de información de contaminantes atmosféricos MP10, CO y Plomo, no se observa el mínimo rigor técnico-científico, por cuanto los elementos técnico-normativos y estándares mínimos de emplazamiento y operación de dicha estación no son cumplidos, lo que se suma al hecho que la entidad que realizó dicha medición y análisis no contaba con las acreditaciones exigidas por la autoridad. De este modo, estos incumplimientos no pueden ser subsanados con las actividades 1°, 2° y 3° del PdC, pudiendo incluso constituirse en una zona indebidamente monitoreada respecto de la Calidad del aire, y de la cual se

hace imposible el descarte de “efectos” en la contaminación del aire y el riesgo de afectación a la salud de la población por MP10, CO y en particular por Plomo.

Sexagésimo. De esta manera, estos sentenciadores evidencian la falta de sustento científico para descartar los efectos negativos de la infracción en la calidad del aire y los riesgos a la salud de la población de Calama, al menos en los sectores de la Junta de Vecinos Kamac Mayu, Teletón y comunidad indígena Yalquincha, siendo insuficiente el descarte que hace RECIMAT y la SMA con el informe “Análisis y estimación de Efectos Ambientales Cargo N°1”, ya que carece de rigor y sustento científico sobre la real situación de contaminación atmosférica en Calama y el área de influencia de RECIMAT, así como del real seguimiento y monitoreo de la calidad del aire para los parámetros MP10, CO y Plomo, según las propias exigencias de las RCA N°125/2004 y N°121/2004.

Sexagésimo primero. A lo anterior, se suma la omisión y falta de la debida incorporación, análisis y ponderación del hecho que la comuna de Calama se encuentra declarada Zona Saturada por MP-10, según el DS N°57/2009 y que cuenta con un Anteproyecto del Plan de Descontaminación Atmosférica de la Ciudad de Calama y su área Circundante, aprobado por Resolución Exenta N°0496 del 17 de mayo de 2019 (fojas 1201).

Sexagésimo segundo. Por otro lado, para estos sentenciadores, a lo menos es reprochable la conducta de la SMA sobre RECIMAT, de no advertir en un periodo extremadamente prolongado (desde el año 2016 a la fecha) la inobservancia de sus compromisos ambientales referido al monitoreo de la calidad del aire en los términos establecidos en las RCA N°121/2004 y N°125/2004, como del cumplimiento de la normativa ambiental vigente como lo son las Normas de Calidad Primaria DS N° 59/1998 y DS N° 136/2001 en los términos antes analizados.

Sexagésimo tercero. Lo anterior se condice en las conclusiones de la SMA sobre los hechos constatados en literales d), e), f), g) y h) derivadas del informe de fiscalización del año 2016 (DFZ-2016-695-II-RCA-IA) donde la SMA da cuenta de inconsistencias en el monitoreo comprometido en la RCA N°125/2004; lo que nuevamente se concluye sobre los hechos constatados en literales b), c), y d) del Informe de Fiscalización Ambiental del año 2017 (DFZ-2017-149-II-RCA-IA), donde nuevamente se advierte inconsistencias en el monitoreo y en su reportabilidad según las exigencias de las RCA N°121/2004 y N°125/2004.

Sexagésimo cuarto. Según da cuenta el expediente administrativo, no fue hasta el año 2020 que se da inicio por parte de la SMA al procedimiento sancionatorio (Res. Ex. N°1/Rol D-031-2020), formulándose cargos, en específico el Cargo N°1. Esto da cuenta a juicio de este Tribunal de un accionar no oportuno por parte del órgano estatal, ya que dejó los objetos de protección ambiental como la calidad del aire y la salud de la población sin un debido estatus de monitoreo y protección, situación que se mantiene hasta el día de hoy, sin ser subsanado con el actual PdC aprobado, por cuanto este vulnera los decretos supremos de Normas Primarias de Calidad, como el propio DS N°30/2012.

Sexagésimo quinto. En este orden de ideas, debió haber existido por parte de la SMA un accionar más oportuno y diligente, en debida coordinación con la Autoridad Sanitaria de Antofagasta, que hubieren permitido visualizar en etapas tempranas hechos tan relevantes como el cumplimiento de los DS N°59/1998 y DS N°136/2001, críticos para la ciudad de Calama y que a la fecha generan un incumplimiento por parte de RECIMAT de la normativa ambiental vigente, más allá de las propias exigencias explícitas de Monitoreo de la calidad del aire por MP10, CO y Plomo en la ciudad, en particular en el área de influencia del proyecto.

Sexagésimo sexto. Que, para estos sentenciadores, las Metas y Acciones N° 1, 2 y 3 del PdC aprobado para abordar el Cargo N°1, no logra cumplir el criterio de eficacia, ya que de la constatación de los hechos infraccionales y sus efectos que datan al menos del año 2017, y que solo el año 2020 como consecuencia de la presentación del PdC, se pretenden materializar algunas acciones concretas para el debido resguardo del bien jurídico a proteger como la calidad del aire y la salud de la población de Calama; con el monitoreo por entidad ETFA acreditada, pero sin subsanar elementos críticos y esenciales como el cumplimiento de los estándares normativos mínimos de la Estación de Monitoreo Kamac-Mayu, considerando además que se está en una zona declarada como saturada desde el año 2009 y con un Anteproyecto aprobado de Plan de Descontaminación el año 2019.

Sexagésimo séptimo. Que, respecto del criterio de Verificabilidad, estos sentenciadores, y dados los análisis anteriores, también estiman que la aprobación del PdC en este aspecto no cumple un estándar básico, ya que carece de datos de base válidos respecto de análisis multitemporal (concentraciones anuales de contaminantes MP10, Plomo y CO), como de los mecanismos y metodologías idóneas y pertinentes para asegurar la acreditación del cumplimiento futuro por parte del titular, lo cual va mucho más allá del mero reporte de las mediciones de MP10, Plomo y CO, si no de un seguimiento y análisis sistémico y sistemático de la información de potenciales

contaminantes del aire, que pueden poner en serio riesgo y peligro la salud de la población de Calama, en particular aquella ligada al área de influencia del proyecto.

Sexagésimo octavo. Por tanto, las acciones y metas del programa de cumplimiento propuesto y aprobado, no contienen los mecanismos que permitirían al titular volver al cumplimiento de la normativa ambiental incumplida, en tanto no existen los elementos mínimos que permitan dar verificabilidad al PdC planteado respecto del cargo N°1 y su relación integral y sistémica de protección de la calidad del aire y la salud de población, como objetos fundamentales que permiten garantizar el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de preservar la naturaleza para los reclamantes y habitantes de la ciudad de Calama.

Sexagésimo noveno. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores estiman que las medidas asociadas al cargo N°1, son insuficientes y no cumplen con el estándar de exigencia del artículo 9° del DS N°30/2012 sobre los criterios de Integridad, Eficacia y Verificabilidad para aprobar el Plan de Cumplimiento de RECIMAT; por tanto, esta alegación de la reclamante será acogida.

II. Respecto a las controversias asociadas al Cargo N°2 esto es, el no haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños a su emplazamiento desde el 2017 a la fecha.

Septuagésimo. En cuanto a las controversias suscitadas respecto a este cargo, la reclamante cuestiona el estudio de suelo realizado el año 2017, el cual concluye que la infracción no generó efectos, por cuanto éste:

1° Fue elaborado por una profesional contratada por RECIMAT.

2° Arroja datos que pueden resultar graves para la salud de la población al contrario de los que se arrojan en el informe de fiscalización. Sostiene que las concentraciones de plomo en las calles se deben a que la superficie de toda la comuna está cubierta por partículas volcánicas que se mezclaron con depósitos de lluvias, en circunstancias que dicha tesis debe ser analizada por un organismo público competente o terceros independientes para determinar las condiciones del suelo en la comuna de Calama.

3° Se considera la magnitud del aporte del tráfico vehicular y la existencia de actividad ilícitas como quema de baterías, cables y neumáticos. Sin embargo, la empresa titular también es foco de contaminación en el suelo de la comuna.

4° En cuanto a los muestreos outdoor de plomo que concluye que se encuentran en rangos aceptable, se indica por el reclamante que para la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) toda exposición mínima al plomo es un peligro para la salud de la población, por lo que no existen rangos aceptables. Si bien está correcto para la norma chilena, esta información debe cruzarse con la carencia de un Plan de Descontaminación para Calama, por lo que no puede prosperar la acción N°4.

Septuagésimo primero. Por su parte la SMA indicó que en la Adenda N°1 el titular comprometió la realización de un programa de muestreo de suelos en los sectores aledaños que incorporase una caracterización para plomo que no fueron remitidos al sistema de seguimiento ambiental. Sin embargo, la SMA y Seremi de Salud realizaron mediciones concluyendo que los puntos que presentaron mayores concentraciones de plomo no son los más cercanos a RECIMAT, concluyendo que no se observó una clara relación entre la presencia de plomo con dicha actividad e indicando que ninguno de los valores obtenidos superó la norma de suelos peligrosos de la US-EPA; aun cuando el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-149-II-RCA-IA indicó que se superó el valor de referencia de la norma canadiense para la protección del medio ambiente y la salud humana, teniendo este un estándar de referencia en la norma más elevado que el de la evaluación ambiental de RECIMAT.

Septuagésimo segundo. No obstante, lo anterior, la SMA alega que, en las acciones exigidas en el PdC a la empresa, se le solicitó que analizara los efectos negativos derivados de la infracción. Se precisa por el órgano estatal que la evaluación ambiental no definió condiciones ni metodologías mínimas para la realización del estudio, por lo que la obligación se agotaría con su presentación a la SMA.

Septuagésimo tercero. Agrega el reclamado que el PdC contempla las acciones 4 y 5 que abordan este cargo, las que consisten principalmente en remitir el estudio de plomo comprometido y la realización de un estudio de suelo de los alrededores de la planta. En cumplimiento de la acción 4, la empresa remitió al Sistema de Seguimiento Ambiental el estudio de plomo en el suelo de Calama realizado el año 2017, el cual fue utilizado para descartar efectos negativos producto de la infracción. De acuerdo a las conclusiones de este las acciones

comprometidas son adecuadas para regularizar la situación de incumplimiento y permitir una adecuada fiscalización de la actividad del titular.

Septuagésimo cuarto. Prosigue el reclamado indicando que respecto a la:

1° subalegación, no se exigió ninguna metodología para la realización del mismo, sino solo un programa de muestreo de suelos en sectores aledaños que incorporase caracterización para plomo y utilizase la norma Suiza como referencia, la acción 5, consistente en un nuevo estudio elevando así el estándar, por lo que se abordaría la eventual parcialidad del informe de la acción 4.

2° subalegación, señala que pese a la utilización de la norma Suiza para suelo no se verifican superaciones normativas.

3° subalegación, no existe una clara relación entre la presencia de plomo en el suelo con la actividad de RECIMAT.

4° subalegación, que respecto a los muestreos outdoor de plomo, éstos dan cuenta que los controles se encuentran en rangos aceptables.

Septuagésimo quinto. Que estos sentenciadores, respecto a las controversias asociadas al Cargo N°2 procederán a analizar el cumplimiento normativo de la Ley N°19.300, la existencia de norma ad hoc, las exigencias de las RCA N°125/2004 y N°121/2004, y el artículo 9 del DS N°30/2012 respecto de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad para la aprobación de las medidas y metas propuestas en el PdC.

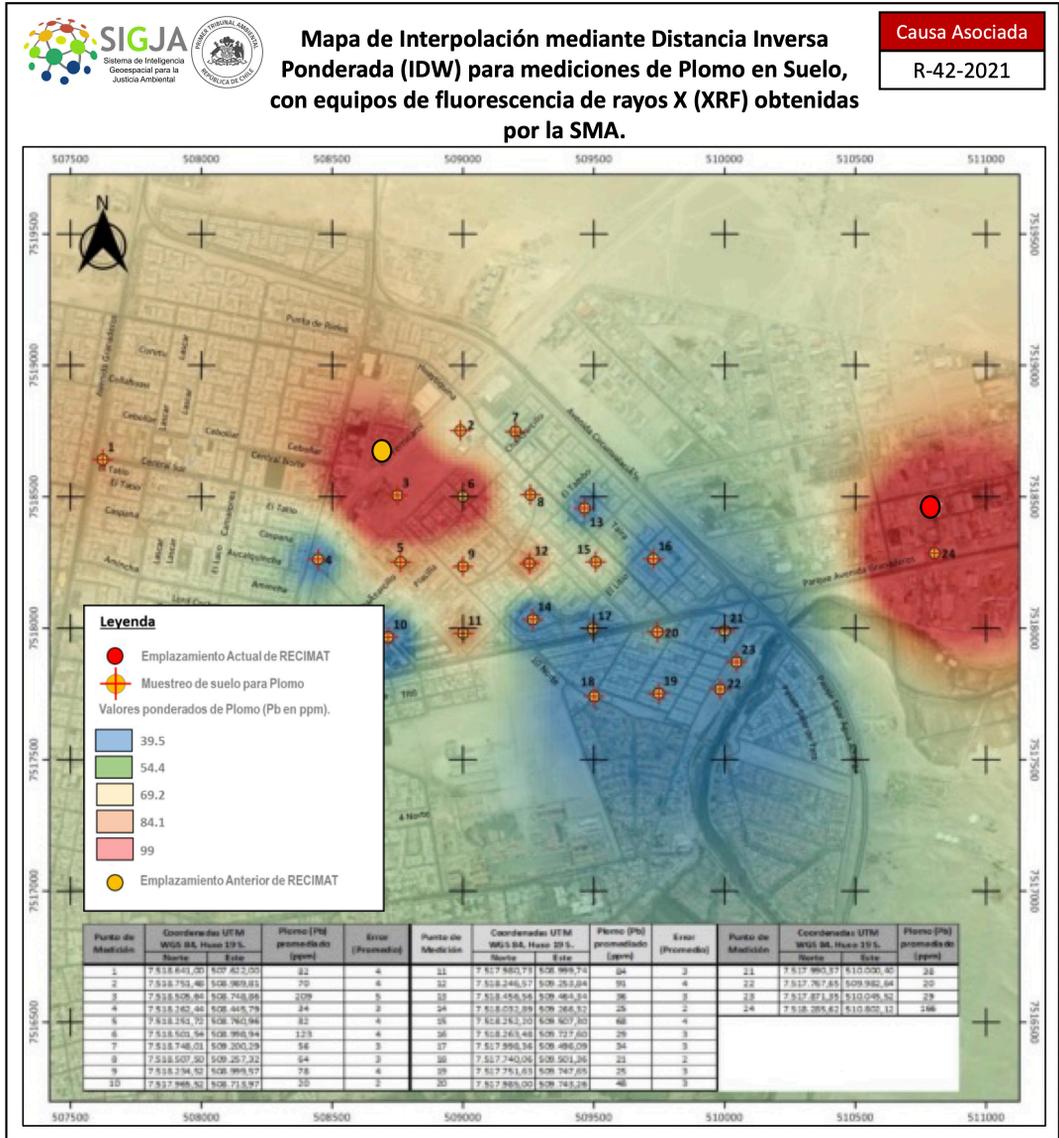
Septuagésimo sexto. Que, para efectos de los elementos de análisis se sustenta que la Meta asociada al Cargo N°2, correspondía a dar cumplimiento íntegro al compromiso estipulado en la Adenda N°1, RCA N°125/2004 mediante la realización y entrega de un programa de muestreo de suelos en sectores aledaños que incorpore la caracterización para plomo. Así mismo, la acción 4 comprende remitir a la SMA el estudio de plomo en suelo en la comuna de Calama, realizado en 2017; y la acción 5 consistía en realizar un estudio de plomo en suelo en los alrededores de la planta en la comuna de Calama en sectores aledaños que incorporara caracterización para dicho elemento.

Septuagésimo séptimo. Que, respecto del componente suelo la RCA N°125/2004 en su Adenda N°1, se señala “En los capítulos 5 y 7 de la DIA original se presentaron los antecedentes para determinar que el proyecto no requiere presentar un Estudio de Impacto Ambiental. En la siguiente tabla, se presenta en detalle el artículo 6 del Reglamento con sus respectivas consideraciones y evaluaciones correspondientes: [...] El proyecto, adicionalmente a su monitoreo de calidad del aire, realizará voluntariamente un programa de muestreo de suelos en sectores aledaños que incorpora caracterización para plomo. Se tomará como referencia la norma Suiza para suelo que establece una cantidad máxima de 300 mg/Kg de plomo”.

Septuagésimo octavo. Que, de los antecedentes administrativos y judiciales se informa que en la actividad de fiscalización de fecha 6 de abril de 2017, funcionarios de la SMA y de la Seremi de Salud, Región de Antofagasta, obtuvieron muestras de suelo, tanto superficial como en profundidad (20 cm) para determinar la presencia de Plomo. Las muestras se distribuyeron en distintos puntos de centros poblados cercanos a la planta de INPPAMET-RECIMAT a modo de grilla (como se observan en las Figuras N°5 y N°6), red que se configuró en cuadrantes con distancia entre cada uno de sus vértices de 250 metros, que fue ajustándose en terreno, considerando y privilegiando las mediciones en sectores con suelo desnudo, según da cuenta el IFA DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

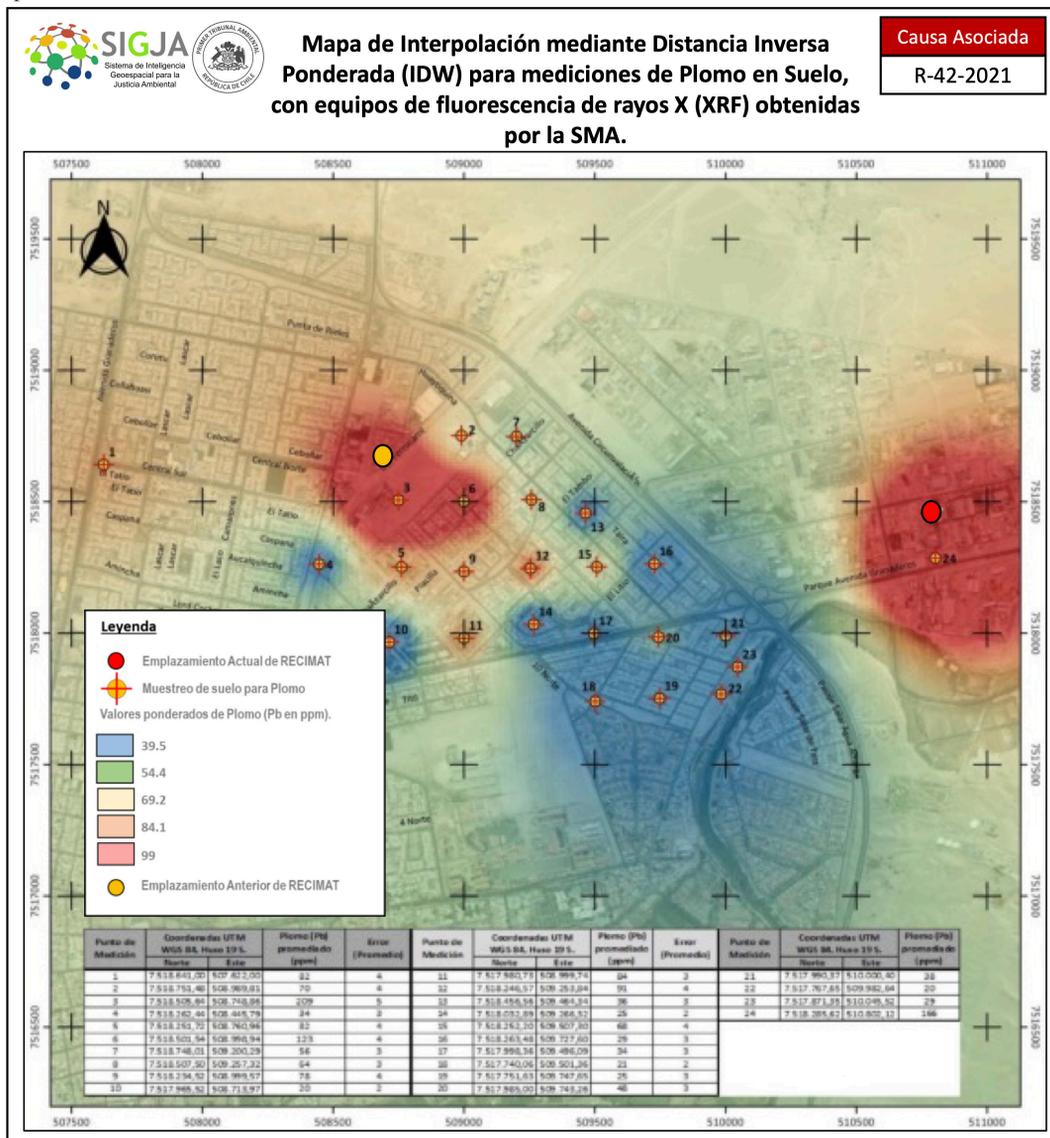
Septuagésimo noveno. Se precisa que las mediciones realizadas por la SMA –utilizando equipos XRF– donde el mayor valor alcanzado fue de 209 ppm el que se localizó en un sitio eriazo entre Av. Del Ferrocarril con Calle Quebrada Blanca (punto de medición N°3), distante a unos 2,07 km de la Unidad Fiscalizable; el segundo valor más alto se situó en el barrio industrial de Calama (Punto de medición N°24), distante a unos 26 metros de las instalaciones de RECIMAT, con 166 ppm., que por su parte, la Seremi de Salud de Antofagasta efectuó mediciones –quienes utilizaron para su análisis el Protocolo de muestreo de suelos y método analítico “Espectrometría de Absorción Atómica”– cuyo valor más alto se observó en el comentado Punto de medición N°3, ascendente a 217 mg/kg, mientras que el segundo, se observó en el Punto de medición N°24 con 85 mg/kg en el suelo (como se observa en la Figura N°6).

Figura N°5. Mapa de Concentración de Plomo (Pb) en suelo de Calama según Medición XRF por SMA.



Fuente: Expediente Administrativo y Judicial en función de figura N° 5 del Informe de Fiscalización DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

Figura N°6. Mapa de Concentración de Plomo (Pb) en suelo de Calama según medición de muestra de suelo por Seremi Salud.



Fuente: Expediente Administrativo y Judicial en función de figura N° 6 del Informe de Fiscalización DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

Octogésimo. Teniendo presente este Tribunal que hasta la fecha no existe Norma de Calidad de suelo en Chile, ello no es obstáculo para que el Estado pueda obrar conforme a los principios precautorio y preventivo respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del deber del Estado de garantizar dicho derecho; Por su parte se establece en el artículo 11 de la Ley N°19.300 y en particular en el artículo 11 del DS N°40/2012 respecto del uso de Normas de Referencia, que: “Las normas de calidad ambiental y de emisión que se utilizarán como referencia para los efectos de evaluar si se genera o presenta el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), ambas del artículo 11 de la Ley N°19.300, serán aquellas vigentes en los siguientes Estados: [...] Canadá, [...] y Confederación Suiza. Para la utilización de las normas de referencia, se priorizará aquel Estado que posea similitud en sus componentes ambientales, con la situación nacional y/o local, lo que será justificado razonablemente por el proponente”.

Octogésimo primero. Que, respecto de la revisión y análisis del cumplimiento del criterio de integridad, donde las acciones y metas propuestas en el PdC deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos, se evidencia que más allá de la falta de especificaciones técnicas detalladas por parte de la SMA, y pese a que el informe de concentración de plomo fue originalmente elaborado por profesional de RECIMAT y no por una entidad técnica autónoma y con expertis en dicha clase de estudios, sumado al posterior análisis que hace tanto la SMA, como la autoridad sanitaria sobre la presencia de plomo en el suelo, según el estudio de “Espectrometría de Absorción Atómica”, como se puede apreciar en la Figura N°6; permiten al titular y la SMA dar sustento respecto del criterio de integridad, toda vez, que las dos acciones propuestas, de remitir el estudio de plomo en suelo en la comuna de Calama, realizado en 2017; y, realizar un estudio de plomo en suelo en los alrededores de la planta en la comuna de Calama en sectores aledaños que incorpora caracterización para dicho elemento, permitirá determinar a futuro la evolución de la presencia de dicho contaminante en el suelo en relación a la actual ubicación de la empresa.

Octogésimo segundo. Asimismo, no se vislumbran mayores efectos negativos del retraso en la entrega de dicho informe, toda vez que apoyados en los rangos permisibles de las Normas de referencia internacional, como la Norma Suiza cuyo umbral es 300 mg/kg e incluso la Norma Canadiense que es más estricta con un umbral de 140 mg/kg, no se evidencia superación a dichos estándares en la actual ubicación de RECIMAT. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario advertir que existe una incipiente carga de plomo en el suelo en dicha zona, del orden de 66 mg/kg según estudio de SEREMI de Salud y de 166 ppm según el estudio con equipos de fluorescencia de rayos X (“XRF”) de la SMA, a lo que debe ponerse especial atención en su seguimiento y control, a través de entidad ETFA como precisa la SMA en el PdC.

Octogésimo tercero. Respecto del análisis de aplicación del criterio de Eficacia, esto es que las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción; se evidencia que las acciones 4 y 5 del PdC aprobado, permiten al titular volver al cumplimiento de la RCA N°125/2004 y de la normativa infringida; eliminando los efectos de incertidumbre respecto de los hechos que constituyen la infracción de falta de monitoreo y seguimiento ambiental por plomo en el suelo.

Octogésimo cuarto. Más aún, se precisa que el PdC exige a RECIMAT que el nuevo estudio comprometido en la acción 5 debe considerar como forma de implementación, un plan de muestreo y una metodología de muestreo de empresa ETFA, que deberá comprender a lo menos un diagnóstico del estado del suelo y su efecto sobre el medio ambiente y la salud de las personas en relación a la concentración de plomo y la determinación de causalidad del estado del suelo respecto a la presente Unidad Fiscalizable, debiendo para tales efectos integrar un modelo de dispersión de plomo que permita relacionar espacialmente su actividad con los resultados obtenidos. Además, contempla el trabajo de terreno de toma de muestras en zona circundante a planta RECIMAT Calama, debiendo considerar como mínimo la distribución de los puntos de medición correspondientes a la actividad de fiscalización ambiental contenida en el Informe de Fiscalización DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

Octogésimo quinto. Si bien estos sentenciadores entienden que la mera utilización de la norma de referencia Suiza indicada en la evaluación ambiental RCA N°125/2004, que tolera rangos para suelo hasta 300 mg/Kg de plomo, y que los valores obtenidos en las fiscalizaciones DFZ-2016-695-II-RCA-IA y en especial DFZ-2017-149-II-RCA-IA, como en el Estudio de la Autoridad Sanitaria, no se verifican superaciones a dicha normativa de referencia, se estima que es altamente relevante continuar con el análisis de potenciales efectos negativos de la acumulación de Plomo en el suelo; ya que si bien, la conclusión de la SMA, en orden a que atendida la ubicación de los puntos de medición que presentaron mayores concentraciones de plomo, no existe una clara relación entre la presencia de plomo en el suelo con la actividad de RECIMAT, esta tampoco se puede descartar en un 100%; más aún cuando es la propia SMA la que evidencia del muestreo y mapa de interpolación de datos promediados de Plomo en suelo (Figura N°5), es la que evidencia alta presencia de plomo (punto 24) en las cercanías de RECIMAT.

Octogésimo sexto. Así las cosas, como ya se mencionó, tanto la Meta como las acciones 4 y 5, previamente mencionadas permiten alcanzar el estándar básico del criterio de Eficacia, asegurando el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.

Octogésimo séptimo. Que, respecto del criterio de Verificabilidad, estos sentenciadores, y dado los análisis de los anteriores criterios, también estiman que la aprobación del PdC en este aspecto, cumple un estándar básico, toda vez que ya se cumplió con la acción 4 y la acción 5, que compromete un nuevo estudio a realizar por una ETFA, incorporando exigencias metodológicas al titular que pueden ser verificables.

Octogésimo octavo. En este sentido, el cumplimiento de las acciones comprometidas en el PdC exigen observar un estándar de conducta más elevado que el exigido en la evaluación ambiental del RCA N°125/2004, contemplando ahora un nuevo estudio mediante ETFA, que incorpora un plan de muestreo que debe comprender un diagnóstico del estado del suelo y su efecto en el medio ambiente y en la salud de las personas y la determinación causal entre el estado del suelo y la unidad fiscalizable, debiendo incorporar asimismo un modelo de dispersión de plomo que permita relacionar espacialmente la actividad con los resultados obtenidos. Además, de mantener los puntos de muestreos ya realizados en la actividad de inspección ambiental de 2017, de manera que los resultados pudiesen ser comparados; lo que permite la verificación no sólo del compromiso, sino idealmente la evolución del contenido de plomo en el suelo y su relación con RECIMAT e INPPAMET.

Octogésimo noveno. Así también, se evidencia factibilidad de verificación por parte de la SMA, en el hecho de si a partir de los resultados de las actividades de las nuevas mediciones y muestreo se advierten superaciones que puedan configurar un riesgo a la salud de las personas o al medio ambiente atribuibles al titular, no es obstáculo para que la SMA pueda adoptar medidas provisionales, para proteger el medio ambiente y la salud de la población de Calama, en particular la zona donde se emplaza la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, Teletón y la Comunidad Indígena Yalquincha.

Nonagésimo. Que, por lo anteriormente señalado, estos sentenciadores concluyen que las metas y acciones comprometidas para abordar el cargo N°2, cumplen las exigencias normativas y en particular las del artículo 9 del DS N°30/2012 respecto de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad para la aprobación del PdC en cuestión, por tanto, esta alegación de la reclamante será desestimada, sin perjuicio de lo que este Tribunal determine en la parte resolutive de esta sentencia.

III. Respetto al Supuesto Incumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, por falta de consulta indígena.

Nonagésimo primero. La Junta de Vecinos reclama también que no se realizó Consulta Indígena, contraviniendo el Convenio N°169 de la OIT.

Nonagésimo segundo. Sobre este punto la SMA sostuvo que:

1° La consulta indígena solo es procedente respecto de algunas medidas administrativas; en aquellas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, no siendo este el caso.

2° Respecto de la naturaleza del acto reclamado el art. 7 del DS N°66 y N°2 del Convenio N°169 de la OIT establecen las condiciones bajo las cuales puede entenderse que existe una posible afectación directa de pueblos indígenas, debiendo distinguirse la naturaleza y efectos del acto.

Desde el punto de vista de la naturaleza del acto, solo procederá la consulta indígena respecto de aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado, que contienen una declaración de voluntad, de naturaleza no reglada. Se excluyen los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica.

En el caso de autos, la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad de un PdC es un acto trámite, es decir, aquellos actos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo, no siendo entonces procedente la consulta.

La consulta indígena no procede tampoco respecto de las medidas de ejecución material o jurídica; es decir, aquellas decisiones, legales o administrativas, que no implican la adopción de una decisión respecto a una medida o proyecto, sino que ejecutan una decisión previamente tomada, ya que la decisión ya ha sido adoptada, resguardándose así las decisiones que se encuentran firmes.

Por tanto, si el acto administrativo terminal de un procedimiento sancionatorio se encuentra excluido de la consulta indígena, más aún se encuentra excluido un acto de mero trámite dictado dentro de dicho procedimiento.

3° Respecto de los efectos del acto: Para que proceda la consulta indígena debe tratarse de un acto que sea susceptible de generar una afectación directa, causando un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Debe identificarse cuál es el impacto específico que la decisión generará, para luego revisar su significancia. No basta con hacer referencia de manera genérica o vaga a la cercanía de un proyecto con el territorio de una comunidad, sino que debe precisarse la manera concreta en que dicho acto afectará.

Nonagésimo tercero. Concluye el órgano reclamado señalando que en este caso la resolución que se pronuncia sobre un PdC no puede generar dicho efecto significativo sobre el medio humano. Además, los PdC no contemplan acciones que generen efectos negativos en el medio ambiente.

Nonagésimo cuarto. Que, para el análisis de este punto controvertido sobre el supuesto incumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, por falta de consulta indígena, estos sentenciadores ponderarán los siguientes puntos.

Nonagésimo quinto. Respecto a la posible infracción al derecho de los pueblos indígenas a la participación ante medidas administrativas que los afecten directamente, para estos sentenciadores, se hace necesario revisar lo relativo al derecho a la participación efectiva a que alude la reclamante, evidenciándose del expediente administrativo y judicial, la participación concreta de la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, la cual ha estado presente en orden a las denuncias por incumplimiento de los compromisos ambientales por parte del titular, en directa sintonía con el resguardo de su territorio vecinal y en cuyas cercanías también existe la Comunidad Indígena Yalquincha; que fruto de ello, sumado a las fiscalizaciones realizadas por órganos sectoriales y la propia SMA, se ha generado un proceso sancionatorio, que a la fecha se ha interrumpido fruto de la aprobación del PdC reclamado en autos.

Nonagésimo sexto. Que, de lo anterior se desprende que la Junta de Vecinos Kamac-Mayu y la Comunidad Indígena Yalquincha son efectivamente terceros interesados respecto de los efectos que se puedan producir de la aprobación y cumplimiento finalmente del PDC aprobado; sin embargo, en dicho proceso no presentaron observaciones al PDC propuesto por RECIMAT, y a su vez, no solicitaron en el proceso sancionatorio, la posibilidad de participación efectiva o incluso a la Consulta Indígena, tema que será abordado en los considerandos posteriores.

Nonagésimo séptimo. Que, para estos sentenciadores es relevante revisar los requisitos respecto de los cuales procede la Consulta Indígena según la Legislación vigente y en particular lo referido al Convenio 169 OIT.

Nonagésimo octavo. Que, dentro de los puntos que ha precisado el DS N°66/2013 se encuentra el tipo de afectación que justifica la realización de una consulta indígena. Se entiende que el artículo 7 del Convenio OIT N°169 al hablar de afectación directa no puede estar refiriéndose a cualquier tipo de molestia, en la medida en que el deber de consulta se fundamenta en aquellas intervenciones que pueden generar un cambio en "[...] el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas". Esto conlleva necesariamente un grado de magnitud tal de la afectación, la que podría incidir negativamente en dichos elementos.

Nonagésimo noveno. Asimismo, en la LOSMA, no se contempla expresamente la Consulta Indígena, como sí ocurre en la Ley N°19.300 y el DS N°40/2012. Esta distinción se encuentra más desarrollada aún en la regulación del procedimiento de consulta indígena tramitado en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"). Las normas que regulan este procedimiento son los artículos 85 y 86 del DS N°40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente ("Reglamento del SEIA").

Centésimo. Que, el artículo 85 del DS N°40/2012, sobre Consulta a Pueblos Indígenas, indica que: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta [...]."

Centésimo primero. Por su parte, el artículo 86 del DS N°40/2012, sobre reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, indica que: "Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2° de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos

humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Las actas de las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación de las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda.”

Centésimo segundo. Por otro lado, el legislador ha plasmado con absoluta claridad sobre la aplicación de la Consulta Indígena en dichas circunstancias; y que dentro de las cuales no se incluye la consulta indígena en la LOSMA, ni en particular en el Título III de la Infracciones y Sanciones (sobre el procedimiento sancionatorio); ni para la aprobación o rechazo de un PdC según el DS N°30/2012.

Centésimo tercero. Que, este Tribunal, en relación a la procedencia de la consulta indígena de acuerdo a la naturaleza del procedimiento, evidencia que es necesario atender al concepto y función de las sanciones administrativas y a la noción y principios que rigen la consulta indígena. Para estos efectos es útil precisar que el objeto directo del Derecho Administrativo Sancionador es la infracción administrativa, ante la cual se le impone una sanción “atribuida en concreto a un sujeto por la Administración a través de un procedimiento especial (el procedimiento sancionador) en el que se determina la infracción con todas sus circunstancias materiales, así como el autor con sus circunstancias personales”. (Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, España, 2005, p.194).

Centésimo cuarto. También la doctrina nacional ha definido a las sanciones administrativas como “aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa” (Bermúdez, Jorge, Elementos para definir las sanciones administrativas. 1998, Revista Chilena del Derecho, Número Espacial, p. 326).

Centésimo quinto. A su vez, como se desprende de las referidas definiciones, la sanción administrativa requiere de una infracción administrativa o conducta ilegal determinada y de un procedimiento previo que la imponga. Al respecto se debe señalar que en materia ambiental el párrafo 3°, Título III de la LOSMA regula las distintas etapas y trámites que componen dicho procedimiento. En lo no previsto, se aplican de forma supletoria la ley N°19.880. Es así como el procedimiento administrativo en comento cumple una doble función: como “garantía de los derechos e intereses de los particulares respecto del ejercicio del poder público punitivo”, y como “garantía del interés público, asegurando un mayor acierto y eficacia de la resolución administrativa” (Garrido, Fernando, Comentarios a la Constitución, 2001, 3° Edición, Madrid, Civitas, p. 1631).

Centésimo sexto. Que, para estos sentenciadores, el procedimiento administrativo sancionador se ha consagrado como un mecanismo en el cual confluyen principalmente un conjunto de garantías en favor de las personas que son objeto de imputación y eventual sanción por parte de la autoridad administrativa. Y que ha sido la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia quienes han extendido la aplicación de la garantía constitucional de un justo y racional procedimiento, previsto en el artículo 19 N°3 de la CPR, cualquiera sea el órgano o procedimiento de que se trate, incluyendo a las decisiones administrativas (Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°437-2005, considerando 17°; sentencia Excm. Corte Suprema Rol N°62.128-2016, considerando décimo séptimo). Es en este contexto donde también la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el procedimiento administrativo sancionador se encuentra sujeto a principios de orden sustantivo y también de naturaleza procedimental. Dentro de este último grupo destacan el principio de contradictoriedad, el que las sanciones administrativas no se pueden aplicar de plano, entre otros.

Centésimo séptimo. En materia sancionatoria ambiental confluyen además otros principios, como el de colaboración y eficacia y, supletoriamente, aquellos trámites y principios establecidos en la Ley N°19.880, en virtud de lo previsto en el artículo 62 de la LOSMA. Que es en esta aplicación supletoria de la Ley N°19.880

en que se ha aceptado la intervención de terceros interesados en el procedimiento sancionador. Como consecuencia de lo indicado anteriormente, aquel tercero con interés individual o colectivo en los resultados del referido proceso podrá ejercer los derechos que establece el artículo 17, de la LBPA, donde al contrastar lo anterior, se evidencia para el caso de autos, que la Comunidad Indígena Yalquincha no presentó observaciones concretas en el proceso de revisión y aprobación administrativa del PdC, ni tampoco solicitó la consulta indígena como tal.

Centésimo octavo. Que, el procedimiento sancionador ambiental se dirige entonces hacia uno o más responsables determinados quienes, desde la formulación de cargos, pasan a tener la calidad de presunto infractor. Es decir, por su propia naturaleza el procedimiento sancionador presenta una estructura predominantemente unidireccional con el objeto de verificar la existencia o no de una infracción administrativa y su sanción correlativa. Es en esta estructura donde el infractor tiene la posibilidad de presentar un PdC, para volver rápidamente al cumplimiento ambiental y evitar la imposición de una sanción; como, asimismo, la posibilidad de intervención de aquellos interesados que puedan ver afectados sus derechos o intereses, individuales o colectivos, con la resolución que aprueba o rechaza dicho programa, como ha ocurrido en la especie.

Centésimo noveno. No obstante, estas alternativas de intervención, este Tribunal entiende que la naturaleza jurídica del procedimiento sigue siendo el mismo, esto es “sancionatorio”, no mutando a otro de carácter no contravencional. Lo anterior es así toda vez que tanto la imposición de una sanción administrativa como la aplicación de un instrumento de incentivo al cumplimiento, como es el caso del PdC de autos, se enmarcan dentro del ejercicio del denominado *Ius Puniendi* estatal, potestad que en último término lo que persigue es el restablecimiento de la juridicidad que ha sido quebrantada.

Centésimo décimo. Particularmente en materia ambiental, no se puede desconocer el fin mediato del régimen administrativo sancionatorio cual es obtener el cumplimiento efectivo de la ley. Con este propósito el legislador ha dotado a la Administración de “herramientas institucionales que puestas en marcha permiten encauzar la conducta de los administrados hacia los objetivos perseguidos por la regulación” (Baldwin, Robert, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012, p.227 y ss.). En este sentido, una de las herramientas es la sanción y, las otras, los denominados incentivos de cumplimiento ambiental.

Centésimo undécimo. Que, así las cosas, para este Tribunal, resulta que el procedimiento bajo el cual se sustancia el PdC de autos, sigue siendo de naturaleza sancionatoria ya que incluso la autoridad administrativa a cargo podría rechazarlo, reiniciando las etapas propias de dicho procedimiento. Lo anterior, como se ha señalado, no obsta a que para efectos de aprobar un PdC el proceso adopte una fase de índole colaborativo con el infractor RECIMAT y admita la intervención de terceros interesados como la Junta de Vecinos Kamac-Mayu y la mencionada Comunidad Indígena Yalquincha, los cuales, sin embargo, no adquieren por esa sola intervención la prerrogativa de incidir en el ejercicio del *Ius Puniendi* por parte de la Administración, el cual detenta un carácter indisponible para los particulares.

Centésimo duodécimo. Por consiguiente, en opinión de estos sentenciadores, no sería posible admitir la consulta indígena dentro de un procedimiento sancionatorio, toda vez que ésta resulta incompatible con los alcances y objetivos de este tipo de asuntos. En efecto, la consulta indígena se ha concebido como un mecanismo que posibilita el diálogo intercultural entre los organismos del Estado y los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente con determinada medida legislativa o administrativa, con el objeto de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo a la implementación de las mismas. Este diálogo se debe desarrollar en un procedimiento que debe cumplir con determinadas características, a saber, debe ejecutarse de buena fe y ajustándose a las particularidades propias del pueblo indígena consultado. De esta manera el pueblo indígena afectado podrá incidir efectivamente antes de la dictación de la medida. Sin embargo, pretender sostener que dicha intervención en calidad de terceros interesados les confiere el derecho a ser consultados por estimarse que sufren algún tipo de afectación con la conducta del infractor, implicaría desnaturalizar el objeto del aspecto colaborativo de dicha intervención, para transformarlo en uno de tipo dispositivo de una potestad exclusiva y excluyente del Estado.

Centésimo decimotercero. Que, este Tribunal, respecto de la homologación entre participación y consulta indígena dentro de un procedimiento administrativo sancionador, señala que la piedra angular del Convenio N°169 de la OIT lo constituye la “Consulta Indígena” la que, como se ha señalado, debe cumplir con ciertos y específicos estándares para su implementación. Dichos estándares superan los requisitos o elementos que configuran los mecanismos comunes del derecho a participación que regula nuestro ordenamiento común en esta materia. Por lo tanto, doctrinariamente no es posible equiparar los alcances y efectos de la consulta indígena

con los efectos que puede tener la intervención de un interesado dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

Centésimo decimocuarto. Despejado lo anterior, se debe precisar que siendo la SMA un órgano con facultades de fiscalización y sanción, y no destinado a decidir sobre instituciones electivas ni es responsable de políticas y programas asociados, tampoco es aplicable dentro de un procedimiento sancionatorio lo previsto en el literal b) del Convenio N°169.

Centésimo decimoquinto. Por tanto, revisados y razonados los antecedentes administrativos y judiciales de autos, así como la doctrina y jurisprudencia respecto a la supuesta infracción del derecho de la reclamante a la consulta indígena ante medidas administrativas que los afecten directamente como el PdC, estos sentenciadores entienden que la aplicación razonable y armónica de la normativa, va en la vía de concluir en la improcedencia de su aplicación para el caso de autos, y conforme a ello, las alegaciones de la reclamante serán rechazadas en este punto.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°3, 24 y demás pertinentes de la Ley N°20.600, en los artículos 42, 56 y pertinentes de la Ley N°20.417; disposiciones legales citadas de la Ley N°19.300, DS N°30/2012, y, demás normas legales y reglamentarias mencionadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Acoger la Reclamación interpuesta por la Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19, solo en cuanto se deja sin efecto la Resolución Exenta N°9/Rol D-031-2020, que aprueba el Programa de Cumplimiento y suspende el procedimiento sancionatorio en contra de RECIMAT.
- II. No condenar en costas a la SMA por tener motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

Rol N° R-42-2021

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Eric Sepúlveda Casanova. El Ministro Sr. Hernández no firma por haber cesado en sus funciones.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, ocho de octubre de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-45-2021

“Ilustre Municipalidad de Andacollo con Superintendencia del Medio Ambiente”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Ilustre Municipalidad de Andacollo.
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

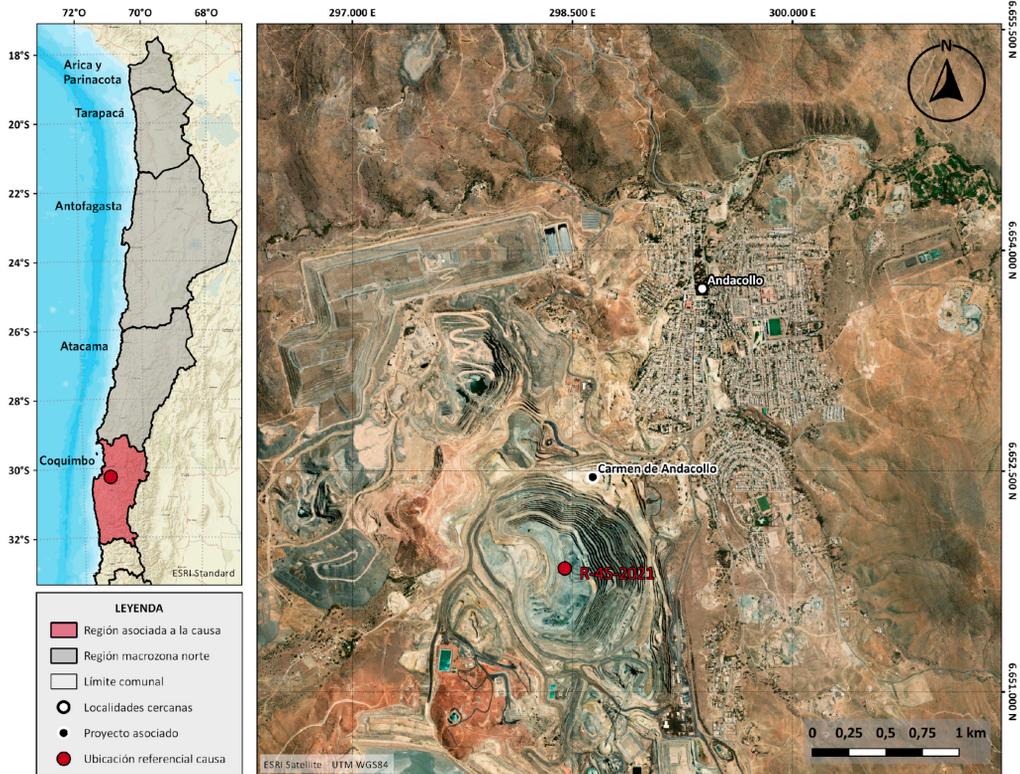
La Municipalidad de Andacollo solicitó dejar sin efecto la resolución de la SMA que archivó las denuncias presentadas por supuestos incumplimientos incurridos por la Compañía Minera Teck Carmen de Andacollo en la ejecución de su proyecto “Hipógeno”, ubicado en la comuna de Andacollo, de la Región de Coquimbo.

El municipio señaló que la resolución impugnada no se pronunció sobre las denuncias referidas a la calidad del aire y a la afectación de las familias ubicadas en la cercanía del proyecto. Por otro lado, acusa el incumplimiento del plan de reasentamiento previsto en la RCA del proyecto y la expansión de obras sin contar con un estudio de impacto ambiental previo.

La SMA por su parte, señaló que se pronunció solo respecto de aquellas materias que revestían del mérito necesario. Sin perjuicio de lo anterior, igualmente realizó actividades de fiscalización, sin constatar hallazgos al respecto. En cuanto a las materias sobre las cuales se pronunció, descartó las hipótesis de elusión del proyecto y de incumplimiento de la RCA en relación al plan de reasentamiento.

En la sentencia, el Tribunal rechazó la reclamación, sin costas.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Controversias

- i. Si existió falta de pronunciamiento en la resolución reclamada.
- ii. Si existió falta de motivación de la resolución reclamada.
- iii. Si existió infracción al principio de celeridad.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la falta de pronunciamiento de los hechos denunciados, se estimó que efectivamente la resolución reclamada omitió pronunciarse sobre los hechos referidos a la afectación de las familias ubicadas en el sector Subida Mina Hermosa y a los episodios de contaminación del aire producto de las tronaduras.

Sin embargo, dicha falta de pronunciamiento no reviste un vicio esencial del acto administrativo, toda vez que la SMA igualmente realizó actividades de fiscalización que le permitió concluir que no hubo superación a la norma de calidad de aire.

En lo que se refiere a la no consideración de la afectación de las familias en la RCA original del proyecto, el Tribunal consideró que ello corresponde a un reproche al proceso de evaluación ambiental del proyecto, no siendo competencia de la SMA revisar la legalidad de una RCA.

- ii. En cuanto a la falta de motivación de la resolución reclamada, se señaló en relación a la obligación de reasentamiento previsto en la RCA del proyecto que, si bien no se cumplió con la medida de reubicación, dicho incumplimiento tiene origen en la misma voluntad de las personas,

no evidenciándose una afectación al medio humano y por ello, una afectación al bien jurídico tutelado por la sanción administrativa.

- iii. Respecto a la hipótesis de elusión, los sentenciadores estimaron que no existen nuevas obras que no hayan sido evaluadas en la RCA del proyecto.

Finalmente, respecto a la infracción del principio de celeridad, el Tribunal reconoció que existió una demora injustificada de la SMA para resolver las denuncias. Sin perjuicio de ello, la inexistencia de las infracciones investigadas hizo que la dilación del procedimiento no haya provocado un perjuicio a la reclamante.

6. Estado de la sentencia

En contra de la sentencia no se interpuso recurso alguno, encontrándose firme y ejecutoriada.

SENTENCIA

Antofagasta, a veintisiete de octubre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. Con fecha 17 de junio de 2021, comparece la **ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE ANDACOLLO** (en adelante “la reclamante” o la “Municipalidad” indistintamente), representada legalmente por su alcalde Sr. Gerald Albert Cerda Pizarro, chileno, soltero, psicólogo, ambos con domicilio en calle Plaza Videla N° 50, de la comuna de Andacollo, quien interpuso reclamación judicial de conformidad a lo previsto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta D.S.C. N° 881, de fecha 20 de abril de 2021, dictada por la **SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE** (en adelante “la reclamada”, “la SMA”, o “la Superintendencia” indistintamente), en virtud de la cual archivó la denuncia ingresada con fecha 8 de noviembre del año 2017 por la I. Municipalidad de Andacollo y la denuncia ingresada con fecha 8 de enero del año 2020 por doña Silvia Núñez Araya, por supuestos incumplimientos incurridos por la Compañía Minera Teck Carmen de Andacollo en la ejecución de su proyecto Hipógeno.

La reclamante solicitó a esta magistratura dejar sin efecto la Resolución Exenta D.S.C. N° 881, antes referida y, en definitiva, declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado o, en subsidio, disponer los actos de inspección para corroborar la veracidad de los hechos denunciados respecto de los cuales la SMA no se pronunció.

2. Por su parte, con fecha 12 de julio de 2021, la abogada Pamela Torres Bustamante, en representación de la **SMA**, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, procedió a informar los motivos y fundamentos de la Resolución Exenta D.S.C. N° 881 (en adelante la “Res. Exenta N°881/2021”), solicitando el rechazo de la acción de reclamación por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho, con expresa condena en costas.

1) Antecedentes del acto administrativo reclamado

1. Consta que con fecha 08 de noviembre de 2017 la Municipalidad ingresó a la SMA una denuncia en contra de Compañía Minera Teck Carmen de Andacollo, por el supuesto incumplimiento de la RCA 104/2007 que aprobó el denominado “Proyecto Hipógeno”, cuyo titular es Compañía Minera Teck Carmen de Andacollo (en adelante “el titular”, “la Empresa”, o “Teck CDA”).

Las infracciones denunciadas son las siguientes:

- a) Expansión del proyecto Hipógeno sin actualizar los compromisos de la RCA N°104/2007;
- b) Incumplimiento del plan de reasentamiento establecido en la referida RCA, respecto de dos familias;
- c) Afectación del medio humano por cercanía con receptor más cercano;
- d) Afectación a las familias ubicadas en el sector Subida Mina Hermosa, las que producto de la indicada expansión, debieron abandonar sus pertenencias no siendo consideradas por la RCA 104/2007;
- e) Contaminación por material particulado respirable (MP10) producto de las tronaduras. Por último, la denunciante expresa la necesidad de revisar y actualizar la precitada RCA 104 de acuerdo a la nueva legislación ambiental.

2. Con fecha 08 de enero de 2020, la SMA recibió una nueva denuncia ingresada por doña Silvia Núñez Araya en contra del titular del Proyecto, por no haberse dado cumplimiento a los compromisos de reasentamiento respecto del Sr. Omar Núñez Olivares.

3. Como consecuencia de dichas denuncias, la SMA ejecutó las siguientes actividades de fiscalización: a) requerimiento de información a la denunciada respecto del proceso de reasentamiento de las 2 familias señaladas en la RCA N° 104/2007; b) fiscalización ambiental a las instalaciones del Proyecto; c) recolección de

información primaria de carácter cualitativo (entrevistas semiestructuradas) a las 2 familias reasentadas por el proyecto.

4. Con fecha 20 de abril de 2021, mediante Resolución Exenta N° 881 la SMA archivó las denuncias anteriormente individualizadas, debido a que no se cumplieron los presupuestos necesarios para la configuración de alguna de las infracciones del artículo 35 de la Ley N° 20.417

2) Antecedentes del proceso de reclamación judicial.

A fs. 1, consta la reclamación judicial interpuesta por la Ilustre Municipalidad de Andacollo, dirigida en contra de la Resolución Exenta N° 881/2021, dictada por la SMA. En dicha reclamación la reclamante solicitó a esta judicatura dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 881/2021, y, en definitiva, declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado, o en subsidio, disponer los actos de inspección para corroborar la veracidad de los hechos denunciados respecto de los cuales la SMA no se pronunció.

A fs. 140, el Tribunal admitió a trámite la referida reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600.

A fs. 142, la reclamada solicitó la ampliación del plazo para evacuar el informe, el que fue concedido mediante resolución de fecha 01 de julio de 2021.

A fs. 153, la reclamada evacuó su informe, solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, con costas.

A fs. 437, el Tribunal tuvo por evacuado el informe de la reclamada.

A fs. 438, el Sr. relator certificó que la causa se encontraba en estado de relación.

A fs. 439, se trajeron los autos en relación, fijándose la vista de la causa para el día miércoles 25 de agosto de 2021, a las 15:00 horas, por videoconferencia.

A fs. 484, consta que con fecha 25 de agosto de 2021 se llevó a efecto la vista de la causa. Alegó por la parte reclamante, Sra. Sandra Rivera González, y, por la parte reclamada, Sra. Pamela Torres Bustamante.

A fs. 485, consta certificado de acuerdo.

A fs. 486, el Tribunal designó como redactor de la sentencia al Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

CONSIDERANDO:

a) Alegaciones de la reclamante

Que, la reclamación de autos está basada en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

Señala que la empresa minera Teck Carmen de Andacollo, incorporó nuevas faenas a su “Proyecto Minero Andacollo–Cobre” sin un estudio de impacto ambiental previo. Dicha expansión afectaría a la población de Andacollo y sus sistemas de vida y costumbres.

Acusa también el incumplimiento del plan de reasentamiento previsto en la RCA N° 104/2007 respecto de dos familias que habitaban en el sector de quebrada el Churque, y que debieron abandonar sus viviendas como consecuencia de las obras de expansión de la referida faena minera. Dicho plan considera la entrega de un sitio de 10.000 metros cuadrados en el sector Los Negritos, comuna de Andacollo, incluyendo el título de dominio de dicha propiedad, facilidades para el traslado de bienes y animales para la relocalización, la entrega de 1.000 (mil) kilos de pasto para los animales y la participación de los relocalizados en la determinación del lugar de ubicación de las viviendas.

La reclamante sostiene además que la RCA 104/2007 no tomó en consideración a las familias que residen en el sector de Subida Mina Hermosa como receptor cercano, las cuales, producto de la expansión, deberán hacer abandono de sus pertenencias. Al respecto la Municipalidad señala que la SMA no se pronunció sobre este hecho denunciado.

Asimismo, la reclamante sostiene que la Resolución Exenta N° 881 tampoco se pronuncia sobre la denuncia asociada a calidad del aire. Explica que Compañía Minera Teck se obligó a una serie de medidas para mantener las emisiones de material particulado respirable MP10 y evitar peligro, daño o molestias al vecindario. Al

respecto sostiene que no constan actas de fiscalización u otro medio de verificación que permitan controvertir lo denunciado por la Municipalidad.

En consecuencia, indica que la Resolución Exenta N° 881 vulneró el principio conclusivo, toda vez que sólo se pronuncia sobre de la obligación de reasentamiento y no sobre la totalidad de los hechos denunciados, incurriendo en una decisión arbitraria, contraria a los principios de razonabilidad y motivación.

Por último, sostiene que la SMA incumple el principio de celeridad al haber resuelto después de 4 años de presentada la denuncia.

b) Argumentos de la reclamada

En lo que dice relación con la supuesta infracción al principio conclusivo la Superintendencia del Medio Ambiente asevera que procedió al archivo de las denuncias pronunciándose sólo respecto aquellas materias que revisten el mérito necesario para ser considerados un hecho denunciado, a la luz del artículo 47 de la Ley N° 20.417. A juicio de la SMA los únicos hechos denunciados que cumplan con dicho requisito son los relacionados con la infracción a la obligación de reasentamiento previsto en la RCA N° 104/2007 y sobre la posible hipótesis de elusión al SEIA por la expansión del proyecto.

Precisa que dicho criterio quedó asentado en el Informe de Fiscalización Ambiental 2018 donde se precisa que sólo cuenta con seriedad y mérito el hecho relacionado con la no ejecución del reasentamiento de las dos familias destinatarias del mismo.

Asimismo, la Superintendencia descartó la hipótesis de elusión al constatar que las instalaciones del “Proyecto Hipógeno” fueron construidas de acuerdo con lo evaluado ambientalmente y se encuentran dentro de los terrenos de propiedad de la empresa Teck.

Sin perjuicio de lo anterior, indica que también fiscalizó los hechos sobre afectación a las familias que habitan en el sector de Subida Mina Hermosa y las obligaciones sobre contaminación atmosféricas producto de la actividad de tronaduras.

En este contexto, y en relación a la falta de pronunciamiento por no consideración en la RCA N° 104/2007 de las familias que habitan en el sector Subida Mina Hermosa, la SMA justifica su omisión indicando que dicha imputación no constituye una infracción de su competencia ya que la Superintendencia no tiene facultades para cuestionar la evaluación ambiental del “Proyecto Hipógeno”, añadiendo que la RCA N° 104/2007 se encuentra vigente de conformidad con la regulación ambiental y que no existe una obligación de actualización en nuestro ordenamiento jurídico para continuar con la ejecución del mismo.

Respecto del otro hecho denunciado y no resuelto en la resolución de archivo asociado a emisiones atmosféricas producto de tronaduras, sostiene que, a pesar de no referirse la denunciante a un hecho concreto, la SMA fiscalizó esta materia sin constatar hallazgos que permitieran iniciar un procedimiento sancionatorio.

En relación con la supuesta infracción al principio de celeridad, la Superintendencia del Medio Ambiente declara que cuenta con un pasivo de denuncias importante para lo cual se ha implementado el denominado “Programa de Gestión de Denuncias” enfocado en reducir dicho pasivo. Sin embargo, el retardo en resolver la denuncia no acarrea la invalidación del acto jurídico en virtud del principio de conservación del acto administrativo.

Considerando lo expuesto, la Superintendencia del Medio Ambiente solicitó que el reclamo de ilegalidad presentado por la Ilustre Municipalidad de Andacollo sea rechazado en todas sus partes, declarando que la Resolución Exenta N° 881 de la Superintendencia del Medio Ambiente es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condena en costas.

II. Determinación de las controversias

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada, se han determinado las siguientes controversias:

- I. Falta de pronunciamiento.
- II. Motivación de la resolución reclamada.
- III. Infracción al principio de celeridad.

Segundo. Previamente, se hace necesario referirse a los aspectos relevantes del mencionado “Proyecto Hipógeno”, como también al marco normativo aplicable a la facultad de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En relación al “Proyecto Hipógeno” debemos señalar que se localiza en la IV Región de Coquimbo, Provincia del Elqui, Comuna de Andacollo, aproximadamente a 37 kilómetros en línea recta al sudeste de la ciudad de La Serena, a una altura aprox. de 1.050 metros sobre el nivel del mar (m.s.n.m.)

Dicho proyecto consiste en la actualización, adecuación y/o modificación del Plan Minero del “Proyecto minero Andacollo-Cobre” (CDA) para incorporar la explotación y el procesamiento de mineral hipógeno o primario del yacimiento y extender la vida útil del referido proyecto hasta el año 2023.

El Proyecto Hipógeno se desarrolla en torno al actual yacimiento e instalaciones de CDA, utilizando la actual propiedad superficial y sumando nuevas áreas al Sur y Sur Oeste. Las obras y actividades que forman parte del proyecto son las siguientes: i) componente mina; ii) componente planta de procesamiento de minerales; iii) componente depósito de relave; iv) componente suministro y conducción de agua fresca; v) componente transporte terrestre de concentrado, materiales e insumos y; vi) componente puerto. En este punto destaca el uso de superficie adicional para la construcción y operación del depósito de relaves y para el conducto o línea para transporte de agua (412 hectáreas adicionales en total).

El Estudio de Impacto Ambiental del mencionado proyecto fue calificado favorablemente a través de la Resolución Exenta N°104 de fecha 13 de junio de 2007 (en adelante “RCA 104/2007”), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Coquimbo.

Tercero. En relación con la facultad de fiscalización y sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente y el marco regulatorio aplicable es necesario señalar que dicha potestad forma parte de la denominada actividad de policía conferida por la ley a la Administración para investigar y sancionar determinadas infracciones, con el objeto final de resguardar el medio ambiente.

Como es posible advertir, la ya referida actividad de policía está compuesta a su vez de dos funciones o potestades claramente distinguibles, estas son, la de fiscalización y la de sanción. En efecto, el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante LOSMA) dispone que “la Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”.

La fiscalización de los referidos instrumentos de gestión ambiental considera las actividades de inspección, control, medición, requerimiento de información a los sujetos sometidos a la fiscalización y, finalmente, el análisis de la información recopilada, con el objetivo de verificar el cumplimiento de normativa o condiciones de operación.

En el aspecto procedimental de la mencionada potestad fiscalizadora, y de conformidad con el artículo 47 de la LOSMA, cabe señalar que una denuncia puede dar origen a un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente, de lo contrario, se dispondrá previamente la ejecución de actividades de fiscalización. Sólo en el caso de no existir mérito para fiscalizar o, habiendo agotado la etapa de investigación concluye que no existe mérito para iniciar un procedimiento de sanción, la SMA podrá decretar el archivo de la denuncia. En este caso la resolución deberá ser fundada.

Despejados los antecedentes asociados a la naturaleza y características principales del proyecto, como también del marco regulatorio relativo a las facultades de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, procede el análisis y desarrollo de las controversias identificadas anteriormente.

I. Falta de pronunciamiento.

Cuarto. Como se ha señalado, la reclamante alega la falta de pronunciamiento en relación a dos materias, esto es, en lo referido a la denuncia sobre calidad del aire y sobre la falta de consideración en la RCA N° 104/2007 de las familias que habitan en el sector Subida Mina Hermosa.

Quinto. Al respecto la Superintendencia sostiene que la denuncia carece de seriedad y mérito suficiente ya que en ambas materias la Municipalidad no describió hechos concretos. Por lo tanto, a juicio de la SMA estos hechos no constituyen una materia denunciada.

Sexto. Sin perjuicio de lo anterior, la SMA señala haber fiscalizado los hechos constitutivos de una eventual elusión y lo relacionado con el cumplimiento de los compromisos relativos a calidad del aire que establece la RCA del proyecto, sin detectar hallazgos.

Séptimo. Luego, y en un segundo ejercicio de análisis la SMA decide pronunciarse sólo respecto de las materias que consideró eran de su competencia, esto es, sobre la obligación de reasentamiento y sobre la supuesta hipótesis de elusión al SEIA sin emitir pronunciamiento sobre calidad del aire, pese a haber sido una materia fiscalizada. En su informe la Superintendencia expone que dicha omisión no produce ningún efecto toda vez que “no existen antecedentes que tengan el mérito para iniciar un procedimiento sancionatorio”.

Octavo. Concluye indicando que no se infringe el principio conclusivo ya que la resolución impugnada puso término al procedimiento pronunciándose sobre la cuestión de fondo mediante la cual se procedió al archivo de la denuncia.

Noveno. En relación a la presente alegación es preciso indicar que conforme lo dispone el inciso final del artículo 47 de la LOSMA la resolución administrativa que disponga el archivo de una denuncia debe ser fundada y notificada al interesado. Sin perjuicio de la debida fundamentación exigida por la ley, y tal como lo ha resuelto la Contraloría General de la República en diversos dictámenes, la SMA goza de un cierto grado de discrecionalidad para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio.

Décimo. Que, el principio conclusivo se encuentra regulado en el artículo 8° de la Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos (en adelante, LBPA) que, a la sazón, es aplicable supletoriamente en materia administrativa ambiental en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la LOSMA. El referido artículo 8° expresa que “todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”.

Luego, el inciso segundo del artículo 11 de la LBPA indica que “los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afecten los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Undécimo. Tal como se señaló precedentemente, es la Resolución Exenta N° 881 la que puso término al proceso de fiscalización mediante el archivo de las denuncias. En consecuencia, es entonces dicha resolución la que contiene la decisión objeto de la presente revisión.

Duodécimo. Que, revisada la referida resolución exenta se puede advertir con claridad que la Superintendencia se refirió a dos de los cuatro hechos denunciados. En efecto, la decisión recayó sobre las obligaciones derivadas del plan de reasentamiento y el análisis sobre una eventual hipótesis de infracción. En este contexto la SMA profundiza sobre las actividades de fiscalización realizadas y sus resultados, para luego concluir con la decisión de archivo respecto de los hechos aludidos.

Decimotercero. Por el contrario, el acto administrativo reclamado omite pronunciarse sobre los hechos denunciados referidos a la afectación de las familias ubicadas en el sector Subida Mina Hermosa y los episodios de contaminación por emisión de material particulado respirable MP10 producto de la actividad de tronaduras.

Decimocuarto. Que, no obstante la omisión referida precedentemente, cabe señalar que consta en el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2018-1566-IV-RCA agregado a fojas 152 y siguientes de autos, que la SMA fiscalizó dichos hechos enunciados (capítulos 5.1 y 5.2).

Decimoquinto. Que, tal como se ha expresado anteriormente, el legislador exige que la decisión de archivo sea fundada, es decir, debe expresar los motivos de hecho y de derecho en virtud de los cuales la Administración consideró que no existía mérito para iniciar un procedimiento sancionatorio.

En este sentido no basta que la resolución haga una referencia vaga o imprecisa respecto de dichos elementos de juicio ya que, precisamente de estos fundamentos recae el control judicial que le compete a esta magistratura conforme a la legislación vigente.

Tampoco se podrá considerar que la resolución cumple con el estándar de fundamentación si sólo se refiere a alguno de los hechos denunciados toda vez que en este caso no solo el acto administrativo se torna en infundado, sino también arbitrario.

La discrecionalidad que la ley le otorga a la SMA cuando evalúa la seriedad o el mérito de una denuncia no alcanza a la opción de fundar o no su decisión de archivo ya que tal decisión sí afecta o puede llegar a afectar los intereses tanto del denunciante como del sujeto investigado.

Para estos efectos no basta que los antecedentes de la fiscalización y sus conclusiones consten en el aludido informe de fiscalización, pues, por un lado, no consta en autos que dicho antecedente haya sido puesto en conocimiento de la reclamante y, en segundo término, la obligación de fundamentar las decisiones de la autoridad recae en aquellas actuaciones resolutorias que producen sus efectos jurídicos en el sujeto regulado. Por lo tanto, las conclusiones que se destacan en un antecedente de esta naturaleza no pueden suplir los defectos u omisiones que se constatan en la resolución de archivo.

Decimosexto. Despejado lo anterior, se hace necesario analizar si la omisión constatada reviste la emvergadura o magnitud necesaria para decretar la nulidad de la Resolución Exenta N° 881 a la luz del principio de conservación del acto administrativo.

Decimoséptimo. Sobre este aspecto de revisión resulta conveniente citar lo expuesto por la reclamada en su informe al señalar que la comentada falta de pronunciamiento no produce efectos jurídicos “pues no existen antecedentes que tengan el mérito para iniciar un procedimiento sancionatorio” (párrafo 88 de informe).

Decimooctavo. Dicha afirmación es la que permite dejar por establecida la falta de pronunciamiento comentada y la necesidad de evaluar el impacto que esta tiene en el acto jurídico reclamado.

Decimonoveno. En esta materia el artículo 13 de la LBPA establece que “el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”.

Al respecto la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sostenido que el vicio que permite anular un acto o procedimiento administrativo, “debe ser grave y esencial, pues éste es un remedio excepcional que opera frente a la ilegalidad de un acto burocrático” (Corte Suprema sentencia de casación, rol N° 12907-2018, considerando trigésimo segundo).

La misma sentencia a continuación precisa que “no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en un proceso, sino que se debe demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales”.

Vigésimo. De acuerdo a lo que se viene señalando ha quedado asentado que la resolución exenta reclamada omitió pronunciarse sobre los fundamentos que determinaron la decisión de archivar la denuncia respecto de dos hechos, estos son: la afectación de las familias que habitan en el sector Subida Mina Hermosa y los episodios de contaminación en la calidad del aire producto de las tronaduras.

También ha quedado expresado que dichos hechos fueron fiscalizados por la SMA, siendo también objeto de análisis y conclusiones, todo lo cual no fue conocido sino una vez acompañados los antecedentes a este proceso judicial.

Vigésimo primero. Así las cosas, corresponde entonces determinar si el vicio que genera la indicada omisión produce el quebranto de los derechos procesales de la denunciante, lo que redundaría en la declaración de nulidad de la Resolución Exenta N° 881 y en la necesidad de corregir, enmendar o complementar el procedimiento administrativo respectivo.

Vigésimo segundo. Que, el referido test de perjuicio implica ponderar los antecedentes que constan en el expediente administrativo y evaluar el mérito y seriedad de la denuncia, en esta parte, y el resultado de las actividades de fiscalización.

Vigésimo primero. En primer término, como ya se ha expresado, la Municipalidad acusó que al momento de aprobarse la RCA N° 104/2007 del “Proyecto Hipógeno” y hasta la fecha de la denuncia, no se ha tomado en

consideración la situación de las familias que residen en el sector Subida Mina Hermosa (página 17 de denuncia de fecha 8 de noviembre de 2017).

Vigésimo segundo. Sobre el particular el Informe de Fiscalización Ambiental del 2018 (IFA) indica que el sector donde se encuentran emplazadas las familias es de propiedad de Bienes Nacionales y corresponde a una zona de restricción (ZR2) según el plan regulador de Andacollo, la que solo permite el uso del suelo para la actividad minera y sus depósitos de material de desperdicio. Finalmente, el citado informe concluye que el Proyecto Hipógeno no considera la utilización de dichos terrenos y que estos son ocupados sin autorización fiscal.

Vigésimo tercero. Que, a juicio de estos sentenciadores, los hechos denunciados dicen relación con un reproche a un proceso de evaluación ambiental que culminó con la RCA N° 104/2007. En este contexto, no es la Superintendencia del Medio Ambiente el organismo competente para revisar la legalidad de una RCA ya que el legislador contempla otros mecanismos tendientes a invalidar un acto administrativo de esta naturaleza, conforme a las reglas especiales de la Ley N° 19300 y a las del derecho administrativo previstas en la Ley N° 19880.

Vigésimo cuarto. En consecuencia, la falta de pronunciamiento en este aspecto de la denuncia, si bien constituye un vicio que efectivamente vulnera el principio conclusivo, para esta judicatura no reviste el carácter de esencial que fuerza a la invalidación de la Resolución Exenta N° 881, en la medida que la ausencia de mérito de la denuncia es evidente.

Vigésimo quinto. Que, en relación a los hechos de contaminación en la calidad de aire denunciados, es relevante indicar que la Municipalidad realizó una alegación genérica e imprecisa, sin entregar los antecedentes mínimos necesarios para una adecuada fiscalización y eventual sanción, más allá de la legítima preocupación que pueda generar en la comunidad la existencia de material particulado en suspensión producto -presumiblemente - de la actividad de tronaduras en la faena minera Andacollo.

Vigésimo sexto. Sobre esta materia, la SMA se remitió a los resultados de 23 actividades de fiscalización ambiental realizadas entre los años 2016 a 2018 a Compañía Miera Teck de Andacollo en el marco del Decreto Supremo N° 59/2014 que establece el Plan de Descontaminación Atmosférica para la localidad de Andacollo y sectores aledaños, del Ministerio del Medio Ambiente, como también a la respuesta entregada por el Servicio Nacional de Geología y Minería mediante el Ordinario N° 2712/2017.

De acuerdo a los resultados arrojados por ambos antecedentes fue posible concluir que el proyecto minero Andacollo ejecuta su programa de tronaduras conforme al “Procedimiento de Ejecución y Control de Tronaduras” y que no se registran superaciones a la norma de calidad de aire para material particulado respirable MP10. Lo anterior permite aseverar de forma objetiva y bajo información científica que no se han registrado eventos de contaminación en el amplio período que debió abarcar la SMA ante la falta de claridad de la denuncia.

Cabe señalar que dicha información fue complementada por sucesivos informes de fiscalización verificados entre los años 2018 a 2021, todas asociados al cumplimiento del Plan de Descontaminación Atmosférica ya referido, y en específico al cumplimiento de los compromisos dispuestos sobre esta materia en la RCA 104/2007.

Cuadragésimo noveno. Que, del mérito de los antecedentes expuestos y pese a la falta de información mínima necesaria para calificar la seriedad de la denuncia, la Superintendencia ejecutó las actividades de fiscalización que le permitieron arribar a la convicción de que no se configuraban las infracciones reclamadas por la I. Municipalidad de Andacollo. En consecuencia, la falta de pronunciamiento de la SMA en estas dos materias no reviste un vicio esencial del acto administrativo reclamado ya que dicha omisión no altera la decisión de archivo adoptada.

II. Motivación de la resolución reclamada.

Quincuagésimo. Como se ha señalado, corresponde ahora hacerse cargo de los hechos denunciados que fueron materia de fiscalización y posteriormente objeto de archivo mediante la Resolución Exenta N° 881. El análisis se centrará en la correcta ponderación de los hechos y del derecho que la Superintendencia realizó para concluir en la falta de méritos para iniciar un procedimiento sancionatorio respecto del plan de reasentamiento de las personas directamente afectadas por el proyecto Hipógeno y de la hipótesis de elusión en que habría incurrido la Compañía Minera Teck.

Quincuagésimo primero. Que, el referido control judicial sobre la motivación de la resolución reclamada responde a las propias alegaciones de las partes y principalmente a la exigencia que subyace en el inciso final

del artículo 47 de la LOSMA al señalar que el archivo de la denuncia debe decretarse en virtud de una resolución fundada, que de cuenta de la falta o insuficiencia de méritos para dar inicio a un procedimiento administrativo, en este caso, después de haber practicado las acciones de fiscalización.

Quincuagésimo segundo. En este contexto, y como cuestión previa, se debe reconocer la discrecionalidad de la que goza la Superintendencia del Medio Ambiente en el ejercicio de su potestad sancionadora, lo que no sólo se encuentra recogido en la LOSMA sino también en el inciso segundo del artículo 29 de la Ley N° 19880, norma que a propósito de la etapa de información previa de los procedimientos administrativos señala: “Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la **conveniencia** o no de iniciar el procedimiento” (el destacado es nuestro).

Quincuagésimo tercero. Asimismo, tanto la doctrina nacional como la extranjera es conteste en reconocer la libertad de que goza todo órgano administrativo persecutor para “iniciar, o no, el expediente y la de archivarlo en cualquier momento antes de la resolución” (Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Quinta edición. p. 101).

Sin perjuicio de lo anterior, dicho margen de apreciación debe estar revestido de un fundamento racional, lo que será objeto de revisión a continuación.

a. Respeto de la obligación de reasentamiento.

Cuadragésimo cuarto. El denominado “Plan de reasentamiento habitantes Quebrada Churque” fue incorporado por la Empresa como una medida de compensación en el capítulo VI del estudio de impacto ambiental del proyecto Hipógeno sobre “Plan de medidas de mitigación, reparación y/o compensación” (páginas 6 y 7) y complementado en la Adenda N° 1 del procedimiento de evaluación ambiental como respuesta a la observación formulada por la SEREMI de Vivienda y Urbanismo en su Ordinario N° 356 de fecha 4 de abril de 2006.

En efecto, en dicho proceso la empresa identificó a las dos familias que fueron objeto de la relocalización y definió las condiciones bajo las cuales estas serían reubicadas. Dicha medida de compensación es incluida finalmente en la RCA N° 104/2007 en su apartado 7.1.1.3

En síntesis, el plan tenía por objeto compensar la reubicación de las personas que habitaban en la quebrada del Churque con la entrega en propiedad de un sitio de 10.000 m² en el sector de Los Negritos, Comuna de Andacollo, con determinadas características constructivas, con la participación de los relocalizados en la determinación de la localización de la vivienda en el sitio y la determinación de las actividades concretas de la relocalización.

Bajo esta figura, y tal como consta del documento denominado “Reporte de sistematización y resultados de actividad de recolección de información primaria”, agregado a fojas 381 y siguientes, el referido plan de relocalización fue implementado en términos distintos a los establecidos en la RCA N° 104/2007 toda vez que fueron los mismos jefes de familia que solicitaron, en vida, ser reubicados en lugares diversos al de Los Negritos. Es así como el señor Omar Núñez fue reubicado en el sector de Yegúin (sector de La Laja) y don Gustavo Díaz en calle Manuel Blanco Encalada N° 42, en la comuna de Andacollo, respectivamente. Los cambios a los que se alude fueron además registrados a través de instrumentos privados denominados “Acuerdo de traslado”, ambos suscritos con fecha 19 de abril de 2007 entre la empresa y los señores Núñez y Díaz, respectivamente.

Con esta información la SMA procedió al análisis de la denuncia formulada por la Municipalidad de Andacollo indicando en el punto 26 de la resolución reclamada que “si bien el plan de reasentamiento no se cumplió estrictamente de acuerdo a lo establecido en la RCA N° 104/2007, no es menos cierto que una parte del mismo no fue cumplido por propia decisión de las personas que debían ser localizadas, toda vez que encontraron mejores alternativas a las propuestas en el plan original”.

La resolución continúa señalando en el apartado 27 que: “teniendo en cuenta este incumplimiento parcial de la medida y las condiciones actuales de los dos reasentados, es posible sostener que no existe mérito suficiente para perseguir el incumplimiento que se denuncia, toda vez que en las condiciones actuales se trataría de un hallazgo o desviación formal o menor”.

Vigésimo quinto. Que, con el mérito de los antecedentes recopilados por la Superintendencia es posible coincidir que la empresa no cumplió con la medida de compensación de reubicación en los términos previstos en el considerando 7.1.1.3 de la RCA N° 104/2007. En consecuencia, lo que corresponde evaluar en sede judicial es

si dicho incumplimiento constituye efectivamente un hallazgo menor o meramente formal, como lo ha calificado la Superintendencia del Medio Ambiente.

Vigésimo sexto. Para el análisis en comento se tendrán en consideración tres aspectos fundamentales, estos son: el principio de la buena fe, la disponibilidad de la medida de compensación y la equivalencia de la medida en sus actuales condiciones.

Vigésimo séptimo. Que, en relación al principio de la buena fe en la implementación de la medida de relocalización, es preciso indicar que tal modificación tiene su origen en la propia voluntad de las personas que debían ser reubicadas, en el marco de la participación que la medida contemplaba para determinar con exactitud el lugar donde las personas serían relocalizadas. En este contexto, a fojas 390 de autos se evidencia la intención del señor Núñez para ser reubicado en el sector de Yegúin, al considerarlo el sector más apto para el desarrollo de la agricultura. Mientras que el señor Díaz optó por ser reubicado en el domicilio de su hija, atendidas sus condiciones de salud.

Vigésimo octavo. Del mismo documento consta también que estos nuevos lugares permitieron mejorar las condiciones de vida de las dos personas. De esta forma es posible constatar que la empresa y las personas reubicadas acordaron una ejecución distinta y más beneficiosa para estas últimas, sin que se verifiquen indicios de fuerza, error o dolo.

Vigésimo noveno. Que, a través del plan de relocalización se busca, en lo posible, mejorar las condiciones de vida de las personas reubicadas no sólo en la búsqueda de un bienestar material sino también cultural y social, frente a la necesidad de modificar el sistema de vida y costumbre de los afectados con un determinado proyecto.

Por esta razón la medida de compensación en comento puede implementarse en el área o lugar donde resulte más efectiva, de acuerdo a lo previsto en el artículo 101 del RSEIA, y no necesariamente en el área o lugar donde se presentan o generan los impactos significativos. Precisamente, la definición del lugar de reubicación de los grupos humanos es el elemento central de la medida que permitirá cumplir o no con el objetivo de producir el efecto positivo alternativo y equivalente al provocado por la salida y desplazamiento de las dos familias ya referidas. Por lo tanto, la efectividad de la medida en este caso dice directa relación con el lugar más idóneo que permita mejorar el estándar de vida de las personas que residían en quebrada Churque.

Trigésimo. Que, pese a que la medida de compensación en comento establecía como lugar de reubicación al sector de Los Negritos, el cambio de las circunstancias hizo que las personas implicadas decidieran optar por otros lugares de reubicación, en un caso, considerando mejores condiciones para el desarrollo de la actividad económica de la agricultura y, en el otro caso, mejorar los cuidados de salud.

Trigésimo primero. Que, si bien dicho cambio en la ejecución de la medida, a juicio de esta judicatura, no se reduce a un hallazgo menor o meramente formal, lo cierto es que cumple con el objetivo normativo y también específico de reubicar a dos familias en aquellos sectores donde la calidad de vida podía mejorar.

Trigésimo segundo. Que, a mayor abundamiento, ninguna de las personas reasentadas formuló, en vida, reproche respecto del lugar donde fueron reubicadas, lo que permite inferir que el resultado del proceso fue exitoso. Sin perjuicio de lo anterior, y pese a que la denunciante Sra. Silvia Núñez no formuló reclamo judicial contra la Resolución Exenta N° 881, se estima necesario que Compañía Minera Teck Carmen de Andacollo se haga cargo en el más breve plazo posible de todas las gestiones necesarias para obtener el título de dominio del inmueble emplazado en terreno fiscal, en el sector Yaguín, teniendo en consideración lo resuelto por la SEREMI de Bienes Nacionales de la Región de Coquimbo en su Resolución Exenta N° 666 de fecha 28 de mayo de 2018.

Trigésimo tercero. Que, con todo, y sin perjuicio de los beneficios que el cumplimiento alternativo de la medida produjo en las personas reasentadas y la buena fe de las partes involucradas, es necesario referirse a un aspecto normativo de fondo y que consiste en la posibilidad de cumplir una RCA en una forma distinta a lo aprobado ambientalmente, teniendo en consideración lo señalado en el inciso final del artículo 24 de la Ley N° 19300 y artículo 71 del RSEIA.

Trigésimo cuarto. En este sentido es importante tener en consideración la función de las sanciones en materia ambiental y su justificación como última ratio en el castigo de infracciones administrativas.

En efecto, las sanciones administrativas presentan dos funciones, estas son, la de prevenir conductas ilícitas y su represión, en caso de ser estas cometidas. Con todo, en materia ambiental, la sanción tiene como función final la protección ambiental.

En este caso en particular, la infracción constatada por la Superintendencia no provocó una afectación al componente medio humano sino que, por el contrario, provocó un beneficio en el bienestar de dos personas y sus respectivas familias. En consecuencia, la sanción se vuelve innecesaria toda vez que el bien jurídico tutelado no se ha visto afectado.

Que, en este caso en específico, donde los interesados han podido manifestar su voluntad en orden a ejecutar una medida de compensación en términos distintos a los previsto en la RCA respectiva, a la gravedad de la infracción y al ámbito acotado de los intereses ambientales dispuestos, es posible verificar que el actuar y la decisión de la SMA en orden a no iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de Compañía Minera Teck de Andacollo es razonable, proporcional y, por lo tanto, legal.

b. Respetto de la hipótesis de elusión.

Trigésimo quinto. Como se ha señalado, la Municipalidad de Andacollo acusa que la empresa incorporó en su proceso productivo nuevas faenas sin haberlas sometido al sistema de evaluación ambiental con anterioridad, incurriendo en la infracción tipificada en el artículo 35 literal b) de la LOSMA. Además, indica que sobre esta materia la resolución exenta reclamada omite pronunciamiento ya que solo se refiere a la obligación de reasentamiento.

Trigésimo sexto. Que, la SMA asevera haber constatado la inexistencia de una eventual infracción de elusión al SEIA al no haber constatado la construcción de obras fuera de lo evaluado en el proyecto Hipógeno, como tampoco comprobó una modificación a la RCA respectiva.

Trigésimo séptimo. Que, si bien la reclamante no precisa a qué obras nuevas se refiere, la SMA deduce que se trataría de la ejecución de la Fase 6 del plan minero de la Minera Andacollo, área más próxima al límite urbano de la comuna de Andacollo y al sector de Subida Mina Hermosa.

Trigésimo octavo. En este contexto, la SMA descartó la hipótesis de elusión con el resultado de las actividades de fiscalización realizadas pudiendo confirmar que se trata de la ejecución del proyecto Hipógeno en los términos evaluados ambientalmente. Para estos efectos, la Superintendencia se remite específicamente a la actividad de inspección realizada con fecha 8 de mayo de 2018, a través de la cual sostiene que “no se constató la construcción de obras fuera evaluado en el proyecto Hipógeno y tampoco se constató alguna modificación, ya que no existe la expansión no evaluada que señala el escrito de la denuncia, sino la ejecución de un proyecto evaluado por el SEIA” (Resolución Exenta N° 881, considerando número 29).

Trigésimo noveno. Que, como primer análisis, se debe descartar inmediatamente la pretendida falta de pronunciamiento alegada por la actora, respecto de la denuncia de elusión formulada, toda vez que consta de la misma Resolución Exenta N° 881 que la SMA si se manifestó al respecto, tal como consta en el literal B. del capítulo IV, bajo el epígrafe “Sobre la eventual infracción de elusión al SEIA”.

Cuadragésimo. Que, en relación a los fundamentos de la resolución reclamada se debe destacar que la denuncia por presunta elusión tiene su origen en la comunicación enviada por Compañía Minera Teck al señor Beltrán Godoy Rivera, con fecha 22 de julio de 2016. En dicha nota la empresa comunicó su decisión de poner término al contrato de comodato suscrito por las partes y solicitó al señor Godoy hacer abandono del terreno donde funciona la planta de tratamiento de minerales de oro “Santa Hilda”.

Cabe señalar que la decisión de término contractual comunicada por la empresa se sustentó en las condiciones desfavorables del mercado y precio del cobre, lo que llevó a la decisión de expandir su operación minera.

Cuadragésimo primero. Con estos antecedentes la Superintendencia del Medio Ambiente procedió a analizar tres documentos: a) el contrato de comodato suscrito entre la Compañía Minera Teck y el Sr. Beltrán Godoy; b) la carta enviada por la empresa al Sr. Godoy de fecha 22 de julio de 2016 y c) la carta enviada por la empresa al alcalde de la Municipalidad de Andacollo.

De dichos antecedentes la SMA constató que el terreno donde se emplaza la planta Santa Hilda es de propiedad de Compañía Minera Teck de Andacollo, y que la comunicación enviada por la empresa al Sr. Godoy respondía al cumplimiento de un contrato de comodato celebrado previamente por las partes.

Cuadragésimo segundo. Que, según lo informado por la empresa, la ejecución de la fase 6 del proyecto requiere de una zona mínima de seguridad que corresponde al área donde se encuentra el relave de la planta operada por el Sr. Godoy.

Cuadragésimo tercero. Que, revisados los antecedentes del proyecto y especialmente de los resultados obtenidos en la visita en terreno efectuada en las instalaciones del proyecto minero con fecha 8 de mayo de 2018, se constata que no existen nuevas obras en su ejecución que pudieran dar lugar a una hipótesis de elusión. Por el contrario, consta que el desarrollo de la Fase 6 forma parte del estudio de evaluación ambiental aprobada por la Resolución Exenta N° 104/2007, según lo previsto en su considerando 4.

Cuadragésimo cuarto. En consecuencia, esta judicatura considera que la resolución exenta reclamada se encuentra suficientemente motivada, de acuerdo a las actividades y análisis precisados por la SMA, descartándose la infracción de elusión al SEIA prevista en el artículo 35 letra b) de la LOSMA.

III. Infracción al principio de celeridad.

Cuadragésimo quinto. La reclamante acusa que la Superintendencia del Medio Ambiente demoró casi 4 años en resolver el procedimiento administrativo originado con la denuncia, incumpliendo de esta manera el principio de celeridad previsto en el artículo 7 de la Ley N° 19.880

Cuadragésimo sexto. Que, la SMA si bien reconoce el retardo en resolver el archivo de la denuncia, sostiene que este no se transforma en una causal de ilegalidad del acto administrativo reclamado. Añade que el retraso denunciado no constituye un vicio de un requisito esencial del acto ni tampoco generó un perjuicio para los reclamantes.

Cuadragésimo séptimo. Que, el artículo 7 de la Ley 19.880 consagra: “Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia”.

Cuadragésimo octavo. Que, a su turno, el artículo 27 de la Ley N° 19.880 precisa lo siguiente: “Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”.

Cuadragésimo noveno. Que, si bien en el presente caso no se inició un procedimiento sancionatorio por las razones ya expuestas, no es menos cierto que el plazo de 6 meses previsto por el legislador se constituye como un periodo razonable para adoptar una decisión de archivo. En este sentido, aparece como injustificado y excesivo el tiempo que demoró la SMA en resolver sin que se adviertan hechos que configuren las causales de caso fortuito o fuerza mayor, más allá de las explicaciones que formula la SMA sobre la realidad que les afecta como servicio y de la forma cómo se encuentran actualmente gestionando el pasivo de denuncias.

Quincuagésimo. Que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia “... el cumplimiento del señalado término de seis meses, si bien no será suficiente por sí sólo para determinar una pérdida de eficacia del procedimiento, marca un hito a partir del cual podrá examinarse la razonabilidad y justificación de su extensión temporal, a la luz de los principios que deben regir la actuación administrativa, obligatorios para la Administración y que, además, tienen expresa consagración legislativa, según ya se expuso” (sentencia Corte Suprema rol N° 17.485-2021, considerando quinto).

Quincuagésimo primero. Que, fluye de una rápida revisión del expediente administrativo que el último antecedente evacuado durante la etapa de fiscalización corresponde a la carta S/N de fecha 26 de junio de 2018 en virtud de la cual Compañía Minera Teck de Andacollo remitió la información requerida en el Acta de Inspección de fecha 14 de junio del mismo año.

Quincuagésimo segundo. Que, durante el mismo año 2018 se emitió el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2018-1566-IV-RCA. En consecuencia, transcurrieron más de dos años desde la última actuación administrativa con fecha cierta de emisión, y la resolución de archivo, y más de tres años desde la fecha de la denuncia.

Quincuagésimo tercero. Que, a pesar de lo injustificado y excesivo del tiempo para adoptar una decisión de archivo, la inexistencia de las infracciones investigadas hace que la dilación del procedimiento no haya provocado un perjuicio en la reclamante que conlleve a la ineficacia del procedimiento administrativo, más allá de la incertidumbre que pudo haber generado el retardo en los interesados.

Por los fundamentos expuestos anteriormente,

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600; Ley N° 20.417; Ley N°19.880, y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar la acción de reclamación interpuesta por la Ilustre Municipalidad de Andacollo.
- II. No se condena en costas a la parte reclamante por existir motivo plausible para litigar..

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo.

Rol N° R-45-2021

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Cristián López Montecinos y Sr. Eric Sepúlveda Casanova, estos últimos subrogando legalmente.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a veintisiete de octubre de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-43-2021

“Jacobó Abraham Ventura Svigilsky y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Sres. Jacobo Abraham Ventura Svigilsky, Daniel Alejandro Ventura Svigilsky e Itzjak Benyamin Ventura Svigilsky.
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Minera Los Pelambres.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Los reclamantes impugnaron la decisión de la SMA que archivó, luego de 7 años, la denuncia por supuestos incumplimientos incurridos por la Compañía Minera Los Pelambres en la ejecución de su proyecto minero denominado “Proyecto Integral de Desarrollo”, ubicado en la comuna de Los Vilos, de la Región de Atacama.

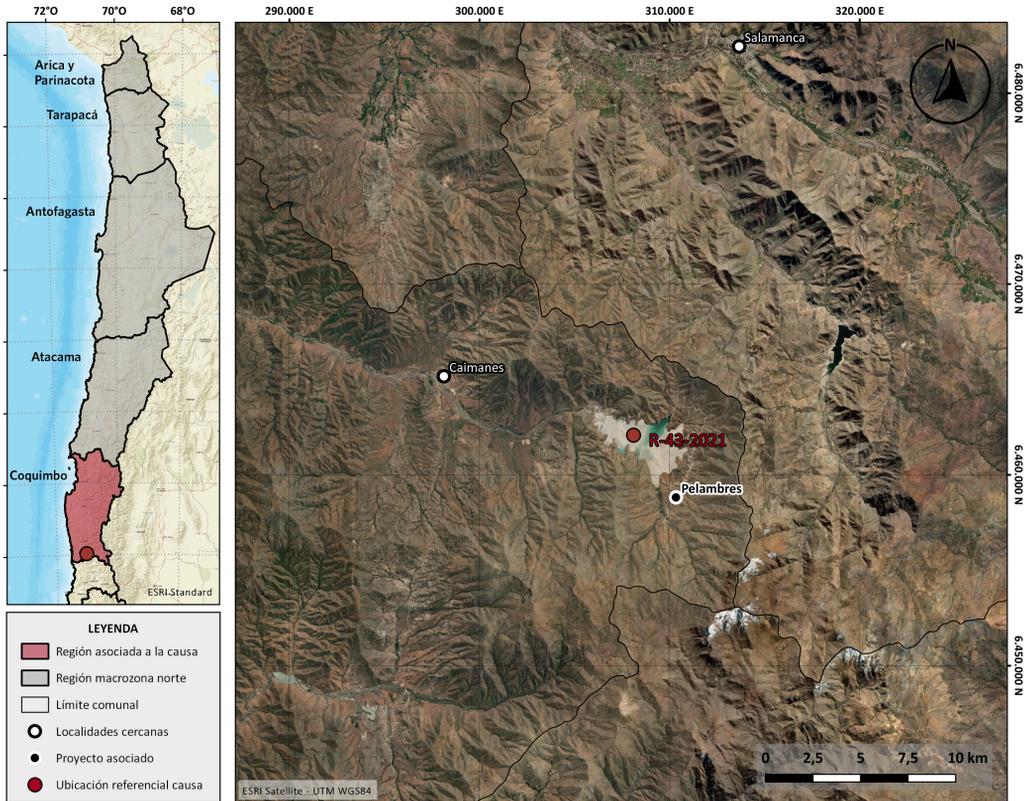
En concreto, la denuncia se centró en un supuesto incumplimiento a la obligación de asegurar el caudal asociado a los usos históricos en el estero Pupó, con ocasión de la construcción y operación del tranque de relaves “El Mauro”.

Así, sostienen que la denuncia tenía la seriedad y suficiencia necesaria para dar lugar a una fiscalización y permitir la apertura de un procedimiento sancionatorio, más aún considerando la cantidad de denuncias en contra del proyecto, y que la disminución de las aguas se ha perpetuado a lo largo de estos 7 años.

Por su parte, la SMA sostuvo que la denuncia no revistió la seriedad o mérito suficiente para dar lugar a un procedimiento sancionatorio. Agrega, que esa entidad ha estado permanente supervisando la obligación de restitución de aguas al estero Pupó, en coordinación con la Dirección General de Aguas.

En la sentencia, el Tribunal rechazó la reclamación, sin costas.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Controversias

- i. Si la denuncia realizada tenía la seriedad y mérito suficiente.
- ii. Si la resolución impugnada se encontraba debidamente fundada.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre el primer punto controvertido, se estableció que la SMA cumplió a cabalidad con sus deberes legales de fiscalizar las denuncias sometidas a su conocimiento. Así, en el caso en cuestión, se realizaron sendos procedimientos de fiscalización durante tres años consecutivos, ninguno de los cuales arrojó hallazgos que le permitieran sostener la apertura de un procedimiento sancionatorio.
- ii. Respecto a la motivación del acto impugnada, el Tribunal advirtió que pese a que no se consignaron todas las consideraciones que motivaron la decisión de la SMA en orden a archivar la denuncia, de la fiscalización realizada el año 2015, se verificó que el volumen pasante fue superior a lo comprometido, cumpliendo lo establecido en el instrumento regulador del proyecto.

6. Estado de la sentencia

En contra de la sentencia se interpuso por la parte reclamante un recurso de casación en el fondo, actualmente en tramitación ante la Corte Suprema, en la causa Rol N° 93.528-2021.

SENTENCIA

Antofagasta, a diez de noviembre de dos mil veintiuno .

VISTOS:

1. Con fecha 11 de mayo de 2021, comparecen los Sres. **JACOBO ABRAHAM VENTURA SVIGILSKY**, **DANIEL ALEJANDRO VENTURA SVIGILSKY** e **ITZJAK BENYAMIN VENTURA SVIGILSKY** (en adelante indistintamente “los reclamantes” o “la actora”) representados por los abogados Sr. Ezio Costa Cordella, Sra. Victoria Belemmi Baeza, y Sra. Antonia Berríos Bloomfield, todos con domicilio para estos efectos en calle Mosquito 491, of. 312, comuna de Santiago, quienes interpusieron reclamación judicial de conformidad a lo previsto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N°20.600, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE** (en adelante “la reclamada” o “la SMA” o “SMA” indistintamente), por la dictación de la Resolución Exenta N°812 de fecha 9 de abril de 2021, en virtud de la cual archivó la denuncia presentada con fecha 4 de octubre de 2013 por los reclamantes.

2. En consecuencia, los reclamantes solicitaron dejar sin efecto la referida Resolución Exenta N°812 y, en definitiva, ordenar que se sancione a Minera Los Pelambres (en adelante “MLP”, o “Pelambres”) por el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N°38/2004, en relación al respeto de los usos de aguas del estero Pupío o, en su defecto, ordenar a la SMA fiscalizar y abrir el procedimiento sancionatorio correspondiente o, en subsidio, se ordenen las medidas que en derecho correspondan, todo lo anterior con costas.

3. Con fecha 10 de junio de 2021, la abogada Sra. Pamela Torres Bustamante, en representación de la **SMA**, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, procedió a informar los motivos y fundamentos de la Resolución Exenta N°812 (en adelante la “Res. Exenta N°812/2021”), solicitando el rechazo de la acción de reclamación deducida por considerar que dicha resolución exenta es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condena en costas.

4. Con fecha 01 de julio de 2021, y conforme a lo dispuesto en el artículo 23 inciso final del Código de Procedimiento Civil comparece don Javier Vergara Fisher, abogado, en representación de **Minera Los Pelambres**, persona jurídica del giro de su denominación, ambos domiciliados para estos efectos en calle Badajoz N°45, piso 8, comuna de Las Condes, Santiago, titular del proyecto minero denominado “Proyecto Integral de Desarrollo” (en adelante “el Proyecto” o “PID”), en su calidad de tercero coadyuvante de la parte reclamada.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

5. Consta en el expediente administrativo acompañado en autos que con fecha 4 de octubre de 2013 los reclamantes presentaron una denuncia ante la Superintendencia del Medio Ambiente, la que fue ingresada bajo el número 452-3, dirigida en contra de Minera Los Pelambres por un supuesto incumplimiento a la obligación de asegurar el caudal asociado a los usos históricos en el estero Pupío, con ocasión de la construcción y operación del tranque de relaves “El Mauro”. En efecto, manifiestan ser dueños de derechos de aprovechamiento de aguas que provienen del cauce natural denominado estero Pupío y que captan mediante el canal “Cavilolén”, cuya bocatoma está situada aproximadamente a 1,5 km aguas debajo de la confluencia con la quebrada El Membrillo.

6. Precisan que desde el año 2010 aproximadamente y hasta la fecha, el caudal del estero Pupío se ha reducido a un promedio de 0,002 m³/s, mientras que en el sector donde se encuentran sus derechos de aprovechamiento de aguas, el caudal es inexistente. Lo anterior, a juicio de los reclamantes, podría constituir una infracción a la obligación prevista en el punto 5.9 de la Resolución Exenta N° 299/04, de fecha 30 de diciembre 2004, de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), toda vez que Minera Los Pelambres se comprometió a asegurar los caudales aguas abajo asociados a los “usos históricos”, cuestión que no habría ocurrido en la especie. De esta forma, sus derechos se habrían visto sistemáticamente afectados por dicho incumplimiento.

7. Mediante la Res. Exenta N°812, de 09 de abril de 2021, la SMA procedió a archivar la denuncia referida, en conjunto con otras 11 denuncias presentadas en contra del proyecto del titular.

8. La referida Res. Exenta N°812/2021 precisa en sus considerandos 5° a 8° que, en virtud de las actividades de fiscalización desplegadas con fecha 28 y 31 de julio y 18 y 20 de agosto de 2014, y la información entregada por la DGA en su Ordinario N°489 de fecha 5 de julio de 2013, fue posible concluir que el proyecto minero en referencia se encontraba operando conforme a las exigencias ambientales que lo regulan. Por esta razón la SMA procede a descartar el mérito de la denuncia y a disponer su archivo.

9. La resolución reclamada fue notificada a los denunciantes (reclamantes de autos) mediante carta certificada, con fecha 20 de abril de 2021, no deduciéndose recurso de reposición.

II. Antecedentes de la reclamación judicial

10. A fs. 1, consta la reclamación judicial interpuesta por JACOBO ABRAHAM VENTURA SVIGILSKY, DANIEL ALEJANDRO VENTURA SVIGILSKY, y ITZJAK BENYAMIN VENTURA SVIGILSKY, dirigida en contra de la Res. Exenta N°812/2021, dictada por EMANUEL IBARRA SOTO, Fiscal de la SMA. Los reclamantes solicitaron tener por interpuesta la referida reclamación, acogerla a trámite, dejar sin efecto la Resolución Exenta N°812 del 9 de abril de 2021, dictada por la SMA y, en definitiva, se sancione al titular Minera Los Pelambres por el incumplimiento en lo establecido en su RCA sobre el respeto de los usos de aguas del estero Pupío, o en su defecto, ordenar a la SMA fiscalizar y abrir el procedimiento sancionatorio correspondiente, o en subsidio se ordenen todas las medidas que en derecho correspondan, todo lo anterior con costas.

11. A fs. 475, el Tribunal admitió a trámite la referida reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

12. A fs. 477, la reclamada confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó la ampliación del plazo para evacuar el informe, el que fue concedido mediante resolución de fecha 31 de mayo de 2021, en los términos solicitados.

13. A fs. 488, la reclamada acompañó documentos y evacuó su informe, solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, con costas.

14. A fs. 9219, el Tribunal tuvo por evacuado el informe de la reclamada.

15. A fs. 9220, el Sr. relator certificó que la causa se encontraba en estado de relación.

16. A fs. 9221, se trajeron los autos en relación.

17. A fs. 9223, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher, en representación de la sociedad Minera Los Pelambres solicitó hacerse parte en calidad de tercero independiente y, en subsidio, en la calidad que el Tribunal determine.

18. A fs. 9234, resolviendo la solicitud de hacerse parte del tercero, el Tribunal la acoge, sólo en cuanto se le tiene por tercero coadyuvante de la reclamada.

19. A fs. 9236, se fijó la vista de la causa para el día miércoles 04 de agosto de 2021, a las 15:00 horas, por videoconferencia.

20. A fs. 9.978 consta que con fecha 04 de agosto de 2021 se llevó a efecto la vista de la causa. Alegó por la parte reclamante, Sr. Ezio Costa Cordella; por la parte reclamada, Sra. Pamela Torres Bustamante; y, del tercero coadyuvante de la parte reclamada, Sr. Javier Vergara Fisher.

21. A fs. 9.979, consta certificado de acuerdo.

22. A fs. 9.980, el Tribunal designó como redactor de la sentencia al Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

CONSIDERANDO:

I. Argumentos de la reclamante

Primero. Los reclamantes refieren ser dueños de un predio ubicado en el camino a Caimanes, en la comuna de Los Vilos, de una superficie de 4.441 hectáreas, y de derechos de aprovechamiento de aguas correspondientes a 127,40 acciones, que provienen del cauce natural del estero Pupío, y que son captadas en el canal Cavilolén.

Asimismo, indican que el “Proyecto Integral de Desarrollo” fue aprobado mediante la Resolución de Calificación Ambiental N°38, de fecha 7 de abril de 2004, de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de Coquimbo. Dicho proyecto considera la construcción y operación del tranque de relaves “El

Mauro”, ubicado en la cabecera del estero Pupío, el cual tiene por objeto almacenar los relaves producidos por el concentrador Piuquenes.

Aseveran que de conformidad a lo previsto en la Res. Exenta N°38/2004 MLP se comprometió a asegurar los caudales aguas abajo asociados a los “usos históricos” existentes en la zona de intervención, de manera de no afectar los derechos de terceros, conforme a las características e historia del estero.

Sin embargo, la actora acusa que al poco tiempo de iniciada la operación del Proyecto Integral de Desarrollo ya referido, el canal Cavilolén se secó puesto que el estero Pupío no transporta agua a la altura de la bocatoma del canal debido a la intervención de Minera Los Pelambres.

Por este motivo, con fecha 4 de octubre de 2013 los reclamantes presentaron una denuncia a la SMA, con el fin que se revisara la situación y el cumplimiento de la RCA de MLP. Señalan que transcurridos más de 7 años la Superintendencia decidió archivar la denuncia mediante la Resolución Exenta N°812, de fecha 9 de abril de 2021.

Segundo. En relación al mérito de la denuncia la actora indica que la Res. Exenta N°812/2021 se sustenta en el artículo 47 inciso 4° de la Ley N°20.417 considerando la SMA que dicha denuncia no revistió la seriedad o mérito suficiente para dar lugar a un procedimiento sancionatorio.

Acerca de la imposibilidad de ejercer sus derechos de aprovechamiento de aguas las reclamantes reiteran que estos se han visto perturbados por la disminución y desaparición del estero Pupío desde que el proyecto empezó a operar, esto es, a partir del año 2009. Tal disminución del caudal, a juicio de la actora, se habría constatado en el informe de fiscalización Dfz-2012-506-IV-RCA-IA de la SMA, en el período transcurrido entre los meses de septiembre de 2011 a abril de 2012. Agrega que pese a estar en conocimiento del referido incumplimiento, la SMA no realizó ningún análisis sobre situaciones posteriores. En este sentido, a juicio de los reclamantes, la SMA habría abandonado su deber de velar por el cumplimiento de la RCA.

Sostienen que la interferencia del tranque El Mauro en la cantidad de agua disponible en el estero Pupío habría sido constatada por la Corte Suprema en la causa rol 12.938-2013, a propósito del recurso de casación interpuesto en el proceso sobre denuncia de obra nueva asociada al referido tranque El Mauro, al haber detenido el escurrimiento de al menos el 80% de las aguas subterráneas que alimentan el estero Pupío. También asevera que el canal de contorno del tranque evita que los reclamantes puedan acceder al agua, no dejando que escurran hasta su predio.

En consideración a los antecedentes expuestos, la actora asevera que la denuncia era seria y tenía el mérito suficiente para dar lugar a una fiscalización y permitir la apertura de un procedimiento sancionatorio, más aún considerando la cantidad de denuncias en contra del proyecto y que la disminución de las aguas se ha perpetuado a lo largo de estos 7 años.

Tercero. En una segunda alegación, las reclamantes señalan que al no cumplirse con la obligación de garantizar los caudales correspondientes a los derechos de aprovechamiento de terceros, en los términos previstos en la RCA N°38, se está infringiendo el artículo 24 de la Ley 19.300 que obliga al titular de todo proyecto o actividad, durante la etapa de construcción y ejecución del mismo, a someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva.

Cuarto. En tercer término, señalan que la resolución reclamada implica un incumplimiento de los deberes de la SMA ya que considerando la gravedad de la infracción denunciada y su fácil constatación, la SMA debió haber adoptado las medidas adecuadas como: a) fiscalizar luego de realizada la denuncia, b) fiscalizar en el terreno donde existen los derechos de agua, c) considerar adecuadamente los caudales del estero Pupío, antes y después de la construcción del proyecto y d) haber realizado una actualización de la información al año 2021. Agrega que las denuncias solo son una manera de conocer sobre posibles infracciones, recayendo en la SMA el deber de fiscalizar y constatar que los titulares cumplan con los compromisos contemplados en sus RCA.

Quinto. Concluyen las reclamantes indicando que la resolución administrativa impugnada adolece de un vicio de motivación al no analizar correctamente la seriedad y el mérito de la denuncia presentada.

II. Argumentos de la reclamada

Sexto. La SMA sostiene que la resolución reclamada es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, en consideración a los siguientes argumentos.

Afirma que en el considerando 11.3 de la RCA 38 se estableció que MLP debía restituir los caudales históricos del estero Pupío en un punto ubicado aguas abajo del muro del depósito de relaves El Mauro y, con dicho objeto, construir un sistema de desviación, manejo y entrega de aguas superficiales compuesto por un canal de contorno y un tranque o embalse de cola.

Indica que mediante la Resolución N°1791 de 30 de noviembre de 2005, la Dirección General de Aguas (DGA) aprobó el proyecto y autorizó la construcción del depósito de relaves El Mauro. En dicha resolución se dispuso que la interesada debía sujetarse a las Normas Mínimas de Operación del Depósito de relaves El Mauro (NMOM) donde se establecen las condiciones de operación de las obras asociadas al referido depósito de relaves y un sistema de medición de caudales, niveles freáticos y calidades, para el resguardo de los derechos de terceros, cuya información debe ser entregada a la DGA cada seis meses, y un informe consolidado anualmente.

Para el cumplimiento de esta obligación, la DGA estableció que se utilizarán como referencia los caudales registrados en las mediciones efectuadas por este mismo organismo del Estado durante el año, asociados a las condiciones hidrológicas correspondientes. De esta forma, señala la SMA, la obligación de restitución de aguas al estero Pupío es una obligación que se renueva todos los años en virtud de la estimación del año hidrológico que efectúa la DGA y, por lo tanto, no cualquier disminución de caudal en el punto de restitución constituye una infracción.

Séptimo. En materia de fiscalización, la Superintendencia sostiene que ha estado permanentemente supervisando la obligación de restitución de aguas al estero Pupío, en coordinación con la DGA, no habiendo constatado ningún incumplimiento por parte de la empresa. En este contexto la SMA hace referencia a los procesos de fiscalización e inspección ejecutados los años 2013, 2014 y 2015 por la División de Fiscalización de la SMA al tranque de relaves El Mauro, con especial mención al resultado de los análisis efectuados por la DGA en los documentos denominados “Listas de Chequeo 3, 4 y 5”.

Señala que no habiéndose constatado incumplimientos por parte de la empresa a la época de la presentación de la denuncia interpuesta por los reclamantes, como a la fecha de la dictación de la resolución reclamada, no resulta procedente iniciar un procedimiento sancionatorio en su contra por los hechos denunciados.

Octavo. En relación al retraso de la SMA para proceder al archivo de la denuncia y la motivación de la resolución reclamada señala que es de público conocimiento que la SMA cuenta con un pasivo de denuncias importante, lo que no significa que dicho Servicio no se encuentre trabajando en procesarlas y tramitarlas debidamente. La resolución reclamada formó parte del Programa de Gestión de Denuncias – que a su vez se enmarca en un Plan de Acción que busca mejorar todos los procesos de la SMA, resolviéndose archivar un total de 12 denuncias asociadas a la Unidad Fiscalizable Minera Los Pelambres.

Noveno. Finalmente señala que el retraso denunciado no implicó un vicio que haya recaído en algún requisito esencial del acto, ni tampoco ha generado algún perjuicio para los reclamantes ya que los hechos denunciados, al momento de presentarse la denuncia como también al momento de dictarse la resolución reclamada, no han tenido mérito para configurar una infracción de competencia de la SMA. Por lo tanto, en virtud del principio de conservación del acto administrativo, el atraso invocado por los reclamantes no resulta un vicio que justifique la nulidad del acto.

Décimo. En relación a la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en causa rol N°12.938-2013 citada en la reclamación, la SMA sostiene que dicho fallo dice relación únicamente con la calidad de las aguas del estero Pupío. Asevera que la Corte Suprema no se pronunció acerca de la obligación de restitución.

III. Argumentos del tercero coadyuvante de la reclamada.

Undécimo. El tercero coadyuvante de la parte reclamada se refiere en primer término al escenario extraordinario de escasez hídrica que afecta a la zona norte y centro del país, y a la cuenca del estero Pupío específicamente. Dicha situación se ratificaría con la declaración de Zona de Escasez Hídrica de las comunas de Illapel, Los Vilos y Salamanca, y la declaración de Zona de Catástrofe por sequía de la región de Coquimbo.

También se refiere a la calidad de empresarios forestales de los reclamantes y a la inactividad que han presentado en la tramitación de la denuncia.

Duodécimo. Asimismo, hace presente -en términos similares a los expuestos por la SMA- respecto a la descripción y alcances de la obligación que le corresponde a Minera Los Pelambres en orden a resguardar la disponibilidad de aguas asociada a los derechos de terceros, de acuerdo a la RCA 38 y a las Normas Mínimas de Operación.

Décimo tercero. Como antecedentes de fondo el tercero precisa que la reclamación debe ser rechazada por las siguientes razones:

- a) La SMA ejerció sus facultades de fiscalización en los años 2013, 2014 y 2015 para corroborar el mérito de las denuncias.
- b) La resolución reclamada cumplió con el estándar para el archivo de las denuncias, según los requisitos legales y jurisprudenciales que se indican.
- c) No existe una vinculación causal entre el cumplimiento o incumplimiento de las Normas Mínimas de Operación y la situación descrita por los reclamantes toda vez que el canal Cavilolén se encuentra fuera del área de influencia del proyecto. Al respecto sostiene que la cuenca del estero Pupío tiene una extensión de 693 km. y la distancia entre el punto de restitución de aguas y el punto donde se ubican los derechos de aprovechamiento de aguas en el canal Cavilolén de los reclamantes es de a lo menos de 28,9 kilómetros. Agrega que el estero Pupío recibe el aporte de varias quebradas menores que tributan agua sólo cuando se producen precipitaciones y que el emplazamiento del proyecto interviene un área cuyo aporte a la cuenca del estero Pupío corresponde a tan solo un 2,9%.
- d) La reclamación adolece de falencias que justifican su rechazo ya que los hechos descritos exceden lo denunciado el año 2013, vulnerando el principio de congruencia; además, la reclamación ha perdido objeto en atención a que la denuncia es de hace casi una década atrás y la SMA actualmente se encuentra fiscalizando el cumplimiento del considerando 11.3 de la RCA, tal como consta del requerimiento de información efectuado a la DGA con fecha 15 de abril del año en curso, y porque el petitorio excede las facultades revisoras del Tribunal Ambiental vulnerando el artículo 30 de la Ley 20.600 al solicitar a esta magistratura se ordene sancionar a Minera Los Pelambres, tal como consta en su petitorio.

IV. Determinación de las controversias

Décimo cuarto. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada como, asimismo, del tercero coadyuvante, se han determinado las siguientes controversias:

- A. Cumplimiento del deber de fiscalizar por parte de la SMA. Seriedad y mérito de la denuncia.
- B. Motivación de la Resolución Exenta N°812/2021.

Décimo quinto. En relación con la facultad de fiscalización y sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente y el marco regulatorio aplicable, cabe señalar primeramente que dicha potestad forma parte de la denominada actividad de policía conferida por la ley a la Administración para investigar y sancionar determinadas infracciones, con el objeto final de resguardar el medio ambiente.

Como es posible advertir, la ya referida actividad de policía está compuesta a su vez de dos funciones o potestades claramente distinguibles, estas son, la de fiscalización y la de sanción.

En efecto, el artículo 2 de la LOSMA dispone que “la Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”.

La fiscalización de los referidos instrumentos de gestión ambiental considera las actividades de inspección, control, medición, requerimiento de información a los sujetos sometidos a la fiscalización y, finalmente, el análisis de la información recopilada, con el objetivo de verificar el cumplimiento de normativa o condiciones de operación.

Décimo sexto. En el aspecto procedimental y de conformidad con el artículo 47 de la LOSMA, una denuncia puede dar origen a un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de la seriedad y mérito suficiente, de lo contrario, se dispondrá previamente la ejecución de actividades de fiscalización. Sólo en el caso de no existir mérito para fiscalizar o, habiendo agotado la etapa de investigación concluye que no

existe mérito para iniciar un procedimiento de sanción, la SMA podrá decretar el archivo de la denuncia. En este caso la resolución deberá ser fundada.

Despejado el marco regulatorio relativo a las facultades de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, procede el análisis y desarrollo de las controversias identificadas anteriormente.

A. Cumplimiento del deber de fiscalizar por parte de la SMA. Seriedad y mérito de la denuncia

Décimo séptimo. Para los efectos de abordar esta primera controversia es preciso señalar primeramente que la denuncia que origina estos autos es aquella de fecha 04 de octubre de 2013, identificada por la SMA para los efectos del expediente de fiscalización respectivo bajo el número 452-3. Dicha denuncia dice relación con un supuesto incumplimiento de parte de MLP en orden a asegurar los derechos de terceros aguas abajo del tranque El Mauro, asociado al uso histórico del caudal del Estero Pupío.

Décimo octavo. En virtud de lo dispuesto en el artículo noveno transitorio de la Ley N°20.417, se estableció que las normas jurídicas relativas a las potestades de fiscalización y sanción de la SMA entrarían en vigencia el mismo día que comenzara su funcionamiento el segundo tribunal ambiental, hecho que acaeció el día 28 de diciembre de 2012. Por su parte, el artículo séptimo transitorio del mismo cuerpo legal dispuso que los procedimientos de fiscalización y sanción iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, seguirían tramitándose conforme a sus normas hasta su total tramitación, a la sazón, artículo 64 de la ley 19.300 en su texto original y posteriormente modificado por la ley 20.417, normas que radicaron dicha competencia en la COREMA y Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA), respectivamente.

Décimo noveno. En ese orden de ideas, se hace necesario despejar en esta parte que, cualquier hecho acaecido antes de la precitada fecha, esto es, el día 28 de diciembre de 2012, queda fuera del ámbito de competencia de la SMA y, en consecuencia, de este Tribunal, en la medida que en dicho período las potestades de fiscalización y sanción ambiental se encontraban expresamente conferidas por ley a otros órganos de la administración del Estado.

En virtud de lo anterior, este Tribunal se avocará a revisar únicamente los hechos y acciones ejecutadas por la SMA respecto del período posterior al 28 de diciembre de 2012, y será entonces en función de ese análisis que emitirá su dictamen respecto de la presente controversia.

Vigésimo. Cabe anotar que con fecha 29 de abril de 2013, en el marco del proceso de fiscalización DFZ-2013-506-IV-RCA-IA, la SMA procedió a fiscalizar el proyecto, considerándose como una de las materias inspeccionadas el cumplimiento por parte de MLP de lo establecido en el considerando 11.3 de la RCA N°38/2004. Como resultado de dicho procedimiento, la SMA concluyó en general que MLP daba cumplimiento a las exigencias asociadas a la RCA N°38/2004, con la salvedad que la DGA estimó que era necesario contar con más datos que permitiesen una correcta fiscalización de los parámetros exigidos por las NMOM.

Si bien la fiscalización señalada es de data anterior a la denuncia que da origen al presente reclamo, la SMA igualmente la consideró para los efectos de verificar el mérito de la misma en la medida que dicha fiscalización se avocó al examen de idénticas materias denunciadas anteriormente y en razón además de la proximidad temporal entre unas y otras, lo que parece razonable a la luz del principio de eficiencia si se considera que los años 2014 y 2015 la SMA procedió a ejecutar igualmente nuevas fiscalizaciones al proyecto en donde se incluía también la revisión de los aspectos operacionales ya fiscalizados los años 2012 y 2013.

Vigésimo primero. En efecto, durante los días 28 al 31 de julio de 2014 y los días 18 al 20 de agosto de 2014, en el marco del proceso de fiscalización DFZ-2014-61-IV-RCA-IA, la SMA, en conjunto con el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), ambos de la Región de Coquimbo, y el Consejo de Monumentos Nacionales, efectuaron una nueva actividad de inspección al proyecto, no verificándose ningún hallazgo en relación a la obligación de restitución de aguas al estero Pupío, como asimismo en relación a la obligación de asegurar los intereses de terceros.

Por último, con fecha 29 de julio de 2015, en el marco del proceso de fiscalización DFZ-2015-277-IV-RCA-IA, la SMA, en coordinación con DGA, pudo constatar nuevamente que la operación del proyecto para el año hidrológico 2014-2015, se ajustaban a las reglas operacionales y el caudal proyectado, descartándose de esa manera cualquier incumplimiento de MLP a este respecto.

Vigésimo segundo. De la revisión de los tres expedientes de Fiscalización señalados precedentemente es posible concluir que la SMA cumplió a cabalidad con el deber que le impone su ley orgánica en orden a fiscalizar aquellas denuncias sometidas a su conocimiento, desplegando para ello sendos procedimientos

durante 3 años consecutivos, ninguno de los cuales arrojó hallazgos que le permitieran sostener la apertura de un procedimiento sancionatorio, no siendo por ende efectivo lo alegado por la reclamante en orden a que, no obstante haberse evidenciado incumplimientos respecto del período septiembre 2011 y abril de 2012 (expediente DFZ 2012-506-IV-RCA-IA), no haya perseverado en el análisis de situaciones de incumplimiento acaecidas con posterioridad a ello.

Vigésimo tercero. En virtud de las anteriores consideraciones, la presente alegación será desestimada, en la medida que la SMA sí ponderó adecuadamente la seriedad y mérito de la denuncia de autos, desplegando para ello sucesivas actividades de fiscalización, las cuales arrojaron como resultado en todos los casos la inexistencia de incumplimientos por parte de MLP que hicieren meritoria la apertura de un procedimiento sancionatorio.

B. Motivación de la Resolución Exenta N° 812/2021

Vigésimo cuarto. Para los efectos de resolver adecuadamente este punto, el cual se vincula en esencia con la determinación del cumplimiento o incumplimiento por parte de MLP de las exigencias ambientales contenidas en la RCA 38, específicamente aquellas que dicen relación con la obligación de no afectar los derechos de los usuarios del estero Pupío, reproduciendo sus flujos naturales comprometidos aguas abajo del proyecto, se hace necesario precisar primeramente el contenido y alcance de la obligación de restitución de los caudales históricos en el estero Pupío, la cual quedó estipulada en el considerando 11.3 de la RCA.

Al respecto la RCA 38/2004 dispuso lo siguiente:

“Respecto de la cantidad y disponibilidad de las aguas del estero Pupío.

[...] Para ello se construirá un tranque de aguas en la cola del depósito de relaves, que acumulará excedentes de aguas superficiales no utilizadas y permitirá la redistribución del uso histórico de aguas superficiales del fundo El Mauro.

[...] El titular considerará la restitución de los caudales históricos del Estero Pupío, en un punto ubicado aguas abajo del muro del depósito de relaves “El Mauro”, con lo cual MLP se compromete en asegurar la preservación de caudales ecológicos, derechos de terceros y usos históricos del Estero Pupío, sean o no susceptibles de regularizar y, por lo tanto, no se verán alterados por la construcción del depósito de relaves y sus obras anexas.

Para restituir los caudales que aporta el área afecta al estero Pupío, el titular ha considerado la construcción de un sistema de desviación, manejo y entrega de aguas superficiales que está compuesto de un canal/tubería de contorno, de un tranque o embalse de cola, [...].

El funcionamiento del sistema propuesto considera la intercepción de las aguas lluvias y las escorrentías superficiales de las laderas en el canal o tubería de contorno, la que se construirá a una altura superior a la cota máxima prevista para la cubeta de relaves. De esta forma las aguas no tendrán contacto con el relave y circularán por el costado del depósito hasta ser descargadas en el punto de entrega en el estero Pupío.

El sistema de desvío estará conectado con el tranque de cola ubicado en la parte posterior del depósito de relaves. De este modo, este sistema podrá igualmente conducir aquellas aguas acumuladas periódicamente con lluvias de invierno, o liberadas de los usos históricos del Fundo El Mauro, para mitigar los efectos de las obras interceptoras de filtraciones sobre la descarga del acuífero”.

Vigésimo quinto. Por su parte, mediante Res. DGA N°1791/2005, de 30 de noviembre de 2005, la DGA aprobó el proyecto y autorizó a MLP la construcción del Depósito de Relaves El Mauro. En dicha resolución administrativa se dispuso que la aprobación del proyecto quedaba condicionada, entre otras cosas, a “[...] que la interesada se sujete estrictamente a las Normas Míminas de Operación de la obra, adjuntas a la presente resolución, y que forman parte integrante de ella”.

De esta manera, dichas NMOM son, en definitiva, las reglas técnicas que dotan de contenido a la obligación establecida en el considerando 11.3 de la RCA N°38/2004, y las que determinan, en último término, la forma en que esta debe ser fiscalizada.

Vigésimo sexto. Para determinar entonces si la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada por parte de la autoridad ambiental, se hace necesario analizar los elementos tenidos a la vista por la autoridad sectorial al momento de aprobar el funcionamiento de las obras hidráulicas señaladas.

En este punto es relevante destacar desde ya que, para los efectos del resguardo de los derechos de terceros, la DGA diferencié a aquellos usuarios que se ubican en la parte superior de la cuenca, que incluye la localidad de Caimanes, de aquellos que se ubican en la parte media e inferior del estero Pupío. Es en este último tramo en donde se ubica la bocatoma del canal Cavilolén, lugar de donde captan las aguas a las que tienen derecho los reclamantes de autos (Figura N°1).

De acuerdo al tenor de la Res. DGA 1791/2005, las NMOM fijan reglas de operación cuyo objeto es el resguardo de los derechos de los usuarios ubicados en el tramo superior del estero Pupío. Para el sector correspondiente al curso medio e inferior, la DGA estimó que el proyecto no tendría impactos significativos que alteraren sus condiciones naturales, en la medida que las obras se construyeran de acuerdo con el proyecto aprobado y que la operación del sistema se realizara de acuerdo a las condiciones indicadas en las NMOM.

Así entonces, la obligación de la SMA consistía en verificar estos dos aspectos, esto es, la construcción y operación de las obras de acuerdo a lo dispuesto por la autoridad sectorial, no correspondiéndole en consecuencia extender su fiscalización a otros elementos de la cuenca que excedan a lo regulado en el instrumento de gestión ambiental, en la medida que ello corresponde a una potestad esencialmente sectorial, radicada en la DGA, en razón de la especialidad del bien jurídico.

Figura N°1



Vigésimo séptimo. De las fiscalizaciones realizadas por la SMA durante los años 2013, 2014 y 2015, se pudo constatar por parte de la SMA que MLP dio estricto cumplimiento a la construcción de las obras contempladas en la RCA 38/2004, y a las reglas de operación contempladas en la Res DGA 1791/2005.

Vigésimo octavo. Que, para llegar a esta última conclusión, la SMA tuvo a la vista que el volumen de agua pasante debe permitir reproducir los flujos naturales comprometidos aguas abajo del proyecto, los que se estiman de acuerdo a los registros de la estación fluviométrica estero Pupío ubicada en el sector el Romero, para lo cual

la DGA estableció que se utilizaría como referencia los caudales registrados en las mediciones efectuadas por la autoridad durante el año, asociados a las condiciones hidrológicas correspondientes.

De esa manera entonces la obligación de restitución de aguas al estero Pupío es una obligación que se renueva todos los años en virtud de la estimación del año hidrológico que efectúa la propia DGA, por lo que el solo hecho de que el caudal disminuya en el punto de restitución no debe considerarse como una infracción a esta obligación, en la medida que ello siempre deberá ser analizado en función de la probabilidad de excedencia determinada por la DGA para el año respectivo.

Vigésimo noveno. En efecto, de acuerdo a la Resolución DGA 1791/05, modificada por las Resoluciones DGA 2558/13 y 127/15, existen dos variables que se deben cumplir anualmente en los meses de invierno (mayo-agosto), según el año hidrológico calculado por la DGA.

La primera de estas dos variables es el volumen pasante, consistente en el caudal que se aporta al estero Pupío con aguas provenientes de los canales de contorno o del embalse de cola, aporte que se mide en la estación estero Pupío antes de la quebrada de Llau – Llau.

La segunda variable es el volumen embalsado, que es aquel que se genera por los canales de contorno, obras de captación de las aguas superficiales generadas en las cuencas aportantes al tranque El Mauro y que son direccionadas al embalse de cola, siendo el objetivo de este embalse, poder regular los flujos de aguas naturales y desrripirlas para ser restituidas al estero Pupío.

Tanto el volumen pasante como el volumen embalsado se obtienen de los caudales registrados por la DGA durante el año hidrológico, es decir, a finales del mes de agosto de cada año se determina por parte de la DGA los volúmenes pasantes en la estación estero Pupío antes de la quebrada Llau Llau y de acumulación en el embalse de cola, correspondiente a los meses de invierno (mayo-agosto).

Dichos volúmenes así determinados permiten reproducir los flujos naturales comprometidos aguas abajo del proyecto, quedando la obligación de restitución de aguas al estero Pupío, como una obligación que se renueva todos los años en virtud de la estimación del año hidrológico que efectúa la DGA.

Trigésimo. Asimismo, en función de dicha estimación hidrológica anual se establecen los volúmenes pasantes y embalsados de acuerdo al estadístico denominada probabilidad de excedencia, el cual consiste en la probabilidad de que un evento definido, o caudal de crecida sea igualado o excedido, en función de un porcentaje, que para el caso de autos fue fijado por la DGA, luego de su última revisión, en 50% y 80%.

Así, si la probabilidad de excedencia es igual a un 50%, el volumen pasante para los meses de invierno será de 151.363 m³, mientras que si la probabilidad de excedencia es igual a un 80% el volumen pasante será de 54.387 m³.

Lo mismo ocurre para el caso del volumen acumulado en el embalse de cola, en donde resulta que si la probabilidad de excedencia es del 50%, el volumen embalsado en el embalse de cola será de 425.851 m³, en tanto que para una probabilidad de excedencia del 80%, el volumen embalsado en el embalse de cola será de 161.979 m³.

A continuación, se indican los volúmenes comprometidos según probabilidad de excedencia:

Tabla N°1

Volumen pasante en los meses de invierno mayo-agosto	
Probabilidad excedencia (%)	Volumen (m ³)
50	151.363
80	54.387

Fuente: Res. D.G.A. N°127/2015, de 21 de enero de 2015.

Tabla N°2

Volumen de invierno acumulado en el embalse de cola	
Probabilidad excedencia (%)	Volumen (m ³)
50	425.851
80	161.979

Fuente: Res. D.G.A. N°127/2015, de 21 de enero de 2015.

Trigésimo primero. Ahora bien, de la revisión del proceso de fiscalización DFZ-2014-61-IV-RCA-IA, específicamente de la información aportada por la DGA mediante listas de chequeo N°4 y N°5 correspondientes a la revisión de los Informes de verificación de cumplimiento de las NMOM para el período enero – diciembre 2013 y mayo 2013 – abril 2014, se pudo constatar que tanto los volúmenes pasantes como los volúmenes embalsados en el embalse de cola fueron superiores a aquellos calculados en función de la probabilidad de excedencia para los períodos respectivos, esto es, invierno y verano, no verificándose en consecuencia el incumplimiento a la RCA 38 alegado por la reclamante.

Trigésimo segundo. Por su parte, y más allá de no haberse consignado expresamente entre las consideraciones que motivaron la decisión de la SMA en orden a archivar la denuncia que origina estos, cabe señalar que de la revisión del proceso de fiscalización DFZ-2015-277-IV-RCA-IA, específicamente de la información aportada por la DGA mediante lista de chequeo N°6 correspondiente a la revisión de Informe de Cumplimiento N°7 de las NMOM, año hidrológico 2014-2015, se pudo constatar que:

Si bien no se llegó al total de agua a embalsar en el período, el volumen pasante sí superó aquel comprometido de acuerdo a la probabilidad de excedencia de 75% determinada por la DGA para el año 2014, el cual se había fijado en la cantidad de 64.483 m³, lográndose en definitiva entre el período mayo a agosto de 2014 un volumen pasante ascendente a 67.896 m³, cumpliéndose en consecuencia con las NMOM en la medida que se reprodujeron los flujos naturales comprometidos por el proyecto.

Trigésimo tercero. En virtud de las anteriores consideraciones, este Tribunal concluye que el acto administrativo que dispone el archivo de la denuncia se encuentra debidamente motivado y razonado por la autoridad ambiental, siendo en consecuencia ajustado a derecho, razón por la cual la presente alegación será desestimada.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600; Ley N°19.300; Ley N°19.880, y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar la reclamación presentada por los Sres. Jacobo Abraham Ventura Svigilsky, Daniel Alejandro Ventura Svigilsky e Itzjak Benyamin Ventura Svigilsk.
- II. No condenar en costas a las reclamantes, por tener motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

Rol N° R-43-2021

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Cristián López Montecinos y Sr. Eric Sepúlveda Casanova, los dos últimos subrogando legalmente.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a diez de noviembre de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-44-2021

“Manuel Cortés Alfaro con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Sr. Manuel Fernando Cortés Alfaro.
- Reclamado(s): Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

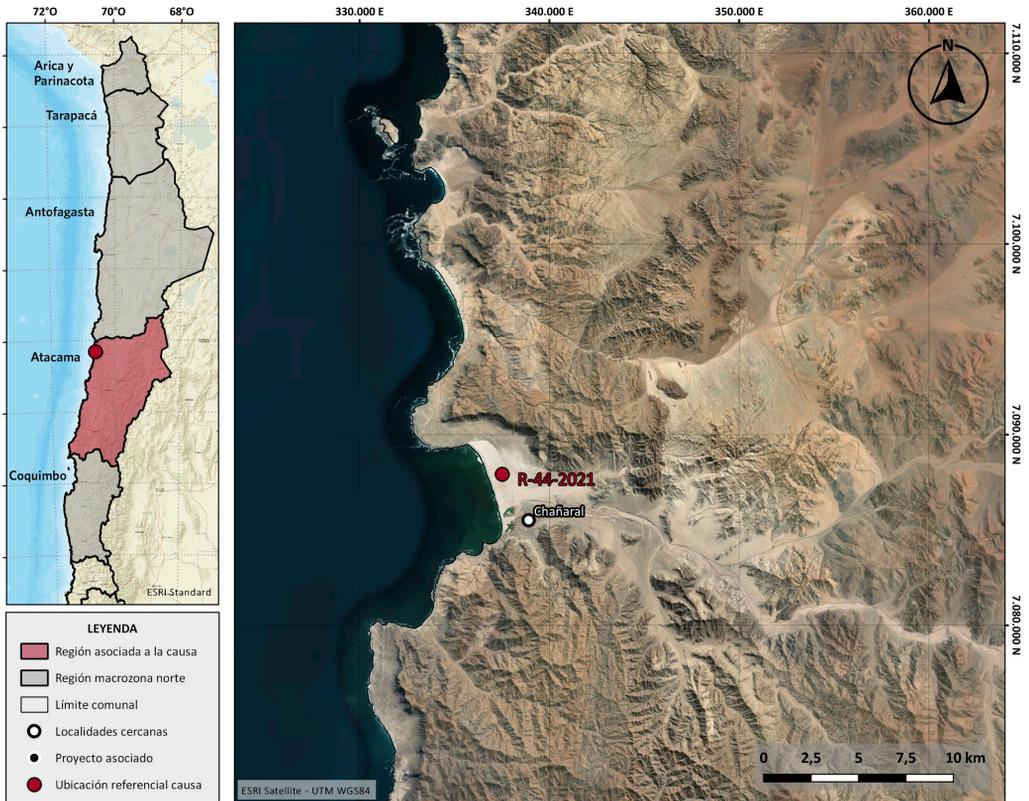
El observante Sr. Manuel Cortés reclamó en contra de la resolución del SEA que resolvió su reclamación administrativa interpuesta en contra del acto que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto minero “Playa Verde”, del titular Minera Playa Verde Limitada, ubicado en la comuna de Chañaral, Región de Atacama.

La reclamante sostuvo la ilegalidad de la resolución que acogió parcialmente la reclamación administrativa en relación a la falta de consideración de 4 observaciones ciudadanas, de un total de 11 alegadas. Señaló que la autoridad administrativa no debió haber decretado el retroceso del procedimiento de evaluación ambiental para la dictación de un nuevo ICSARA, sino que, derechamente, correspondía dejar sin efecto la RCA, atendido al carácter relevante y esencial de la información faltante y no evaluada.

Por su parte, el SEA indicó que la decisión del Comité de Ministros de retrotraer el procedimiento de evaluación se ejerció dentro del ámbito de sus competencias. Indicó que en ningún caso se cuestionó el fondo del análisis técnico que llevó a acoger parcialmente la reclamación, no presentando tampoco alegaciones relacionadas con las otras observaciones ciudadanas que no fueron acogidas.

En la sentencia, el Tribunal rechazó la reclamación considerando que la administración actuó dentro de sus facultades, no advirtiéndose ilegalidad alguna. La decisión, contó con un voto en contra, en orden a acoger la reclamación interpuesta, sobre la base de que la información faltante era de carácter relevante y esencial, no pudiendo subsanarse en el procedimiento de evaluación ambiental.

3. Ubicación referencial del asunto controvertido



4. Controversias

- i. Si hubo una debida consideración de las observaciones ciudadanas.
- ii. Sobre el alcance de las facultades del Comité de Ministros.
- iii. Sobre la esencialidad o entidad de la información faltante y requerida por el Comité de Ministros.

5. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la debida consideración de las observaciones ciudadanas, los sentenciadores señalaron que la real controversia consistía en si el órgano resolutor podía retrotraer el procedimiento a una etapa anterior, sosteniéndose por la reclamante que la única decisión posible era el rechazo al proyecto, razón por la cual se desestimó la alegación al alejarse de la controversia en estudio.
- ii. En cuanto al alcance de las facultades del Comité de Ministros, el Tribunal determinó que sus facultades son de carácter amplio, pudiendo rechazar el proyecto, establecer condiciones o exigencias, subsanar evaluaciones defectuosas, o incluso retrotraer la evaluación para que sea complementada o subsanada, tornando el proceso de evaluación más eficiente.
- iii. Respecto a la esencialidad o entidad de la información faltante y requerida por el Comité de Ministros, los sentenciadores advirtieron que el procedimiento de evaluación ambiental no es rígido o de un estándar fijo, sino que permite deambular en los diferentes requerimientos que cada proyecto exija, con la participación de todos los actores involucrados. Así, se pueden realizar todas las adecuaciones necesarias en el proceso, producto de los requerimientos y observaciones que los agentes de la institucionalidad ambiental determinen.

- iv. Por último, se estimó que, de los antecedentes científicos adicionales requeridos, éstos fueron en gran mayoría abordados en los diferentes apartados del expediente de evaluación, cumpliéndose con los estándares exigidos y permitiendo una adecuada evaluación del proyecto.

6. Estado de la sentencia

En contra de la sentencia se interpusieron por la parte reclamante recursos de casación en la forma y en el fondo, actualmente en tramitación ante la Corte Suprema, en la causa Rol N° 3.569-2022.

SENTENCIA

Antofagasta, treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno

VISTOS:

1. Consta que la abogada Sra. Gabriela Burdiles Perucci, en representación convencional de don Manuel Fernando Cortés Alfaro, RUT N°7.276.813-2, (“reclamante”), domiciliados para estos efectos en Mosquito N°491, oficina 312 de la comuna de Santiago, con fecha siete de junio de 2021 interpuso reclamación judicial ante esta magistratura.

La reclamación judicial fue interpuesta, conforme a los artículos 29 y siguientes de la Ley N°19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”), y el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en contra de la Resolución Exenta N°202199101217 de fecha 14 de abril de 2021, (“Res. Ex.” o “resolución reclamada” o “resolución exenta”) dictada por el Sr. Hernán Brücher Valenzuela, en su calidad de Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (“reclamada”, “órgano reclamado”, “Servicio” o “SEA”), resolución que resuelve la reclamación administrativa por falta de consideración a las observaciones ciudadanas interpuesta contra la Resolución Exenta N°111 de 13 de noviembre de 2018 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama (“RCA”), que calificó como ambientalmente favorable el proyecto minero Playa Verde (“el proyecto”, o “Playa Verde”).

La parte reclamante solicitó en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, acogiéndolo en todas sus partes, y que se declarara por este Tribunal:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto; y,
- b) Consecuencialmente con lo anterior, ordenar la nulidad de la RCA N°111 de 13 de noviembre de 2018 que aprobó el referido Proyecto.

2. Por su parte con fecha 29 de junio de 2021, el abogado José Ignacio Vial Barros, actuando en representación del Servicio de Evaluación Ambiental, y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600, procedió a informar los motivos y fundamentos de la Res. Ex. N°202199101217 de fecha 14 de abril de 2021, solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho, con expresa condenación en costas.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

3. En lo que respecta al procedimiento administrativo y acto reclamado, consta lo siguiente:

El proyecto “Playa Verde”, consiste en la extracción, mediante dragado de los antiguos relaves depositados en la Playa Grande de Chañaral, su procesamiento en una planta metalúrgica para extraer cobre obteniéndolo en forma de cátodos y concentrados, y finalmente retornar a la misma playa las arenas procesadas en la planta metalúrgica; siendo sus principales obras, partes y acciones contempladas las siguientes: i) área de plan de dragado; ii) caminos de acceso y tuberías a la playa; iii) zona de acopio temporal; iv) área de ensamblaje de la draga; v) berma de seguridad; vi) planta de procesamiento; y, vii) camino de acceso a la planta. Este proyecto fue objeto de un recurso de reclamación administrativa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 de la LBGMA respecto a su RCA, recurso que sería resuelto posteriormente mediante la Res. Ex. N°202199101217, que es objeto de la presente reclamación. El Proyecto se localiza en la Región de Atacama, a 2,5 km al norte de la comuna y ciudad de Chañaral, en el sector Playa Grande.

El referido Proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“EIA”), en virtud de la tipología indicada en el artículo 11 letra a) de la Ley N°19.300, debiendo someterse a evaluación ambiental los proyectos que generen un “Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos”.

En cuanto a la calificación ambiental del proyecto, este fue calificado como ambientalmente favorable a través de la Resolución Exenta N°111 (“RCA N°111/2018”), de 13 de noviembre de 2018, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.

Por otro lado, en cuanto a la reclamación administrativa que da lugar a la resolución reclamada, consta que el recurso de reclamación fue ingresado en sede administrativa con fecha 28 de diciembre de 2018, por el reclamante de autos en contra de la Resolución Exenta N°111/2018 de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama. En tal solicitud, en síntesis, se sostuvo lo siguiente: a) Las respuestas a algunas de las observaciones realizadas infringieron el criterio de independencia por cuanto únicamente se reprodujo lo señalado por el Titular, sin realizarse una evaluación técnica de la misma; b) Las respuestas a algunas de las observaciones no realizaron una consideración técnica de las mismas; c) Las respuestas a algunas de las observaciones realizadas omiten lo señalado por los Organismos del Estado con Competencia Ambiental (“OAECAS”) en sus pronunciamientos, en particular lo indicado por la Secretaría Regional del Ministerio de Obras Públicas de la Región de Atacama (“Seremi MOP”), la Dirección de Obras Hidráulicas (“DOH”), el Servicio Nacional de Turismo (“SERNATUR”) y la Corporación Nacional Forestal de Atacama (“CONAF”); d) Las respuestas a algunas de las observaciones realizadas carecen de rigor metodológico; y, e) La respuesta realizada a una observación resulta en una interpretación antojadiza de la legislación ambiental aplicable relativa a la compatibilidad territorial del Proyecto.

Producto de la reclamación administrativa interpuesta, el Servicio ofició a los distintos órganos de la Administración del Estado con competencias ambientales (“OAECAS”) que participaron en el proceso de evaluación ambiental del Proyecto, habiéndose obtenido respuesta de todos ellos.

Posteriormente, se dictó por parte del Director Ejecutivo del SEA, en calidad de Secretario del Comité de Ministros, la Res. Ex. N°202199101217 de fecha 14 de abril de 2021, la que resolvió acoger parcialmente la Reclamación Administrativa, resolviendo retrotraer el procedimiento de evaluación al día anterior a la dictación del Informe Consolidado de Aclaración, Rectificaciones y Ampliaciones (“ICSARA”), ordenando en síntesis que el titular del proyecto: a) Acompañara antecedentes técnicos suficientes y adecuados para evaluar el eventual riesgo para la salud de la población derivado del manejo de residuos propuesto por el Proyecto; b) Acompañara antecedentes suficientes y adecuados para evaluar los efectos sobre la cantidad y calidad del recurso hídrico de competencia de la DGA (aguas terrestres) considerando la eventual afectación a las aguas superficiales y subterráneas como consecuencia del proceso de dragado y de remoción de los relaves; c) Acompañara antecedentes técnicos suficientes y adecuados para evaluar el eventual impacto y las situaciones de contingencias y emergencias sobre el medio marino por parte del Proyecto; d) Incorporara el Sitio Prioritario Quebrada de Peralillo en el área de influencia y línea de base del Proyecto, entregando antecedentes suficientes y adecuados para evaluar el efecto del artículo 11 letra d) de la Ley N°19.300.

A raíz de esta resolución, el reclamante interpone el reclamo de autos ante esta magistratura.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación

4. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional de autos consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta que el Sr. Manuel Fernando Cortés Alfaro, representado por la abogada Sra. Gabriela Burdiles Perucci, interpuso reclamación judicial ante esta magistratura con fecha 7 de junio de 2021 en los términos ya indicados.

A fs. 291, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 294 y siguientes, la parte reclamada representada convencionalmente por la abogada Sra. Camila Palacios Ryan, solicitó la ampliación del plazo para evacuar su informe, a lo que el Tribunal accedió por resolución de fs. 301.

A fs. 303 y siguientes, el Servicio de Evaluación Ambiental, evacúa informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación en los términos ya mencionados.

A fs. 951, el Tribunal tuvo por evacuado el informe requerido y por acompañados los documentos.

A fs. 952, la Sra. Relatora de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 957, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 08 de septiembre de 2021.

A fs. 961, y 963 se anunciaron para alegar la parte reclamante y la reclamada respectivamente.

A fs. 965, consta que este Tribunal se constituyó el día 8 de septiembre de 2021 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-44-2021, alegando la parte reclamante, Sra. Gabriela Burdiles Perucci y, por la parte reclamada, la Sra. Estefani Sáez Cuevas.

A fs. 967, se certifica por la Sra. Relatora de este Tribunal que la causa queda en estudio.

A fs. 968, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal Ambiental.

A fs. 969, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Juan Opazo Lagos.

CONSIDERANDO:

III. Principales alegaciones de las partes

Primero. A juicio de estos sentenciadores se hace necesario precisar cuáles han sido las principales alegaciones que sostuvieron las partes en sus respectivos escritos de reclamación e informe, con el fin de poder determinar por este Tribunal, posteriormente, las principales controversias planteadas en estos autos.

1. Supuesta falta de debida consideración de las observaciones ciudadanas

Segundo. Se sostuvo por la parte reclamante que sus observaciones no habrían sido debidamente consideradas. Según lo expuesto en la reclamación, se plantearon once observaciones al proyecto las que fueron agrupadas en el proceso administrativo de la siguiente forma:

1° La descripción no habría considerado las obras de mejoramiento de la desembocadura del río Salado desarrollada por la Dirección de Obras Hidráulicas lo que podría implicar el cambio de los planos del Proyecto y, en consecuencia, su eventual incompatibilidad.

2° Durante la evaluación ambiental del mismo, no se habría presentado información suficiente para evaluar y/o descartar que este generase los efectos, características y circunstancias establecidos en el art. 11 de la Ley N°19.300, en particular:

- a. La eventual generación de un riesgo para la salud de la población conforme al art. 5 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“RSEIA”), ya que no se habría considerado la calidad del relave o arenas de retorno, en particular, debido a la presencia de metales como cobre, níquel, manganeso, plomo, entre otros. La eventual afectación se produciría tanto por el uso recreacional que tendrían los relaves depositados en la playa como por la dispersión de estos en la comuna de Chañaral. Además, la norma de referencia utilizada por el titular del proyecto no sería aplicable al destino que tendría el relave.
- b. Los eventuales efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables de acuerdo al art. 6 del RSEIA, indicándose que no se habrían analizado los efectos que el Proyecto generaría sobre la cantidad y calidad del recurso hídrico terrestre.
- c. El Proyecto no habría estimado los efectos adversos significativos que este generaría sobre el medio marino, ya que dicho componente ambiental no habría sido considerado en la descripción de su área de influencia.
- d. Tampoco se habría analizado que se encontraría próximo al sitio prioritario Quebrada de Peralillo, el cual contaría con valor ambiental conforme al art. 8 inc. 7° del RSEIA, y que se podría ver afectado por la calidad de los relaves devueltos a la playa y al medio marino.
- e. No se habrían presentado medidas de mitigación adecuadas para hacerse cargo de la alteración significativa que generaría sobre el valor paisajístico y turístico, considerando que este se emplazaría en el acceso principal al Parque Nacional Pan de Azúcar.

3° El Proyecto no habría considerado para todas las etapas del mismo, el manejo del riesgo de remoción en masa de los residuos mineros que se depositarían en la playa, en especial, debido a que se localizaría sobre el paleocauce del río Salado.

4° El proyecto sería incompatible territorialmente con el Plan Regulador Comunal de Chañaral ya que este no permitiría las actividades extractivas como las descritas en el EIA, sino que solo admitiría usos de Equipamiento Turístico y Recreativo de Borde Costero.

Se señaló también por la parte reclamante que si bien estas observaciones en virtud de la reclamación administrativa se consideraron, la 2.a, 2.b, 2.c y 2.d, la información que se pretende encomendar retrotrayendo el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto al día anterior a la dictación del ICSARA Complementario, lo que no podría ser subsanada a través de una nueva Adenda, dada las imprecisiones e inconsistencias presentadas a lo largo de todo el proceso de evaluación ambiental por parte del Titular, resaltadas por los OAECA y las observaciones ciudadanas.

Tercero. De ahí que lo que correspondía a juicio del reclamante de acuerdo al art. 16 de la Ley N°19.300, era acoger la reclamación administrativa dejando sin efecto la RCA y rechazando el proyecto, ya que estas observaciones -especialmente las no debidamente consideradas- dicen relación con elementos fundamentales relativos a la determinación de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley N°19.300, generando así un nivel de incertidumbre no aceptable para los fines de la evaluación ambiental.

Cuarto. Por su parte el órgano reclamado sostuvo que la resolución impugnada acogió parcialmente la reclamación administrativa resolviendo que cuatro de las once alegaciones eran procedentes, específicamente las que decían relación con la: i) incorrecta evaluación de los impactos del art. 5 del RSEIA producto del manejo de los residuos resultantes del proceso y el uso de una norma de referencia incorrecta para descartar estos impactos; ii) incorrecta evaluación de los impactos del art. 6 del RSEIA, en particular, sobre la cantidad y calidad de aguas superficiales y subterráneas como consecuencia del dragado y remoción de relaves; iii) la no consideración dentro de la línea de base y el área de influencia del medio marino y los impactos que podría generar el Proyecto sobre el mismo; y, iv) la no consideración del Sitio Prioritario Quebrada de Peralillo dentro del área de influencia y la línea de base, lo que generó una incorrecta evaluación de los impactos del art. 1 letra d) de la Ley N°19.300; no presentando reparos el reclamante sobre esto.

Quinto. Prosiguió el SEA señalando que la impugnación no trató sobre aquellas alegaciones que no fueron acogidas, sino única y exclusivamente con que las alegaciones acogidas conllevaban necesariamente, a juicio de ellos, la anulación de la RCA y la dictación de una resolución que calificara desfavorablemente el Proyecto, ya que las deficiencias recaerían sobre información relevante y esencial, lo que las haría insubsanables. Sin embargo, en esta hipótesis lo que correspondía era el término anticipado del procedimiento de evaluación de conformidad al art. 15 bis de la ley N°19.300.

Sin embargo, señala que esta alegación no se planteó en sede administrativa ni tampoco como observación ciudadana por parte de los reclamantes.

2. El supuesto carácter de relevante y esencial de la información que el SEA encomienda al titular subsanar mediante la Adenda

Sexto. La parte reclamante señaló que el modelo chileno del SEIA es rígido, debiendo cumplir con los art. 12 de la Ley N°19.300 y art. 18 del RSEIA, de la misma forma que lo son los mecanismos de control de admisibilidad y término anticipado, sin que permitan ámbitos de discrecionalidad para negociar su pertinencia por parte del Servicio. Sin embargo, la resolución impugnada declara explícita e implícitamente que este proyecto carece de ciertos contenidos mínimos, información relevante y esencial en los términos del art. 15 bis de la LBGMA y art. 36 del RSEIA.

Séptimo. Agregó la parte reclamante, que el SEA tiene un deber, relacionado con el principio preventivo que informa el procedimiento de evaluación ambiental, de decretar el término anticipado del procedimiento cuando, una vez recibidos los informes de los organismos sectoriales o transcurrido el plazo para emitirlos, se advierte falta de información relevante o esencial. De ahí que lo que debió hacer el Comité de Ministros en esta etapa y completada la evaluación era rechazar el proyecto, siguiendo el Instructivo N°150575, de fecha 24 de marzo de 2015 dictado por el SEA en relación al art. 36 RSEIA.

Octavo. La Res. Ex. N°111 de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama que calificó como ambientalmente favorable el proyecto concluyó que este no genera los efectos, características y circunstancias de los literales b), d), e) y f) del Art. 11 lo que se contradice con lo sostenido en la Res. Ex. N°202199101217 en su punto 9.3.5 (información inidónea para descartar efectos del art. 11 letra a), 10.3.2 (art. 11 letra b en relación al recurso hídrico), 11.2.3 (art. 11 letra b en relación a considerar el medio marino como área de influencia),

12.3.2 (art. 11 letra d en relación a la no inclusión del sitio prioritario Quebrada de Peralillo al área de influencia del Proyecto).

Noveno. Por su parte el SEA señaló que, de existir algún vicio, este no sería esencial por cuanto si fuera cierto lo señalado por la recurrente necesariamente se debería rechazar el EIA del proyecto y el resultado sería el mismo que el buscado por este recurso. Los vicios denunciados a su juicio no son esenciales y no alterarán en modo alguno el resultado del procedimiento de evaluación en relación a si se hubiera dictado una resolución de rechazo por el Comité de Ministros.

Décimo. Continué señalando que, si la información faltante es relevante y esencial, en los términos señalados por la Reclamante, esta no podrá ser subsanada en la Adenda Complementaria que debe ser presentada por el Titular, por lo tanto, necesariamente la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama deberá rechazarla en su oportunidad, y de no hacerlo, se mantienen incólumes las vías recursivas administrativas y judiciales, llegándose a la misma situación actual.

Undécimo. Concluye indicando que, pareciera ser que la Reclamante no quiere que los vicios detectados y relevados por el Comité en la Resolución Recurrida sean subsanados, sino que más bien pretende que derechamente que se rechace la RCA N°111/2018.

3. Supuesta infracción a los artículos 16 de la Ley N°19.300 y 41 del RSEIA

Duodécimo. La parte reclamante señaló que de conformidad a los art. 18,40,41,42 y 43 del RSEIA se desprende la imposibilidad que existe en nuestro SEIA de incorporar, mediante adendas, información nueva que busque subsanar los defectos de fondo que contenga una DIA o un EIA, entendiéndose por estos la falta de información relevante y/o esencial del instrumento de ingreso al Sistema.

Decimotercero. Además, desde que son inherentes a nuestra institucionalidad ambiental los principios de prevención y de participación ciudadana, por lo que una interpretación contraria implicaría, necesariamente, la indefensión de las comunidades que eventualmente pudiesen ser afectadas por la decisión de la autoridad ambiental, más aún cuando luego de la presentación de las adendas no se inició un nuevo proceso de participación ciudadana como en este caso.

Decimocuarto. El órgano reclamado planteó que al haberse solicitado la información faltante mediante un ICSARA complementario se estaría vulnerando lo dispuesto en los art. 16 de la Ley N°19.300 y 41 del RSEIA, porque al tratarse de información relevante y esencial su omisión no sería susceptible de ser subsanada mediante Adenda.

Decimoquinto. Sin embargo, tales disposiciones que se alegan infringidas, no impedirían en parte alguna realizar solicitudes de rectificaciones y ampliaciones de la información entregada en el EIA y las Adendas, como tampoco la solicitud del Comité de pedir nuevas rectificaciones y ampliaciones en un ICSARA Complementario estaría limitada, máxime si consideramos que dicha solicitud se hace en razón de las amplias potestades que tiene y ha sido sostenidamente reconocida por la jurisprudencia.

Decimosexto. Además, los OAECAS competentes no consideraron que la información faltante fuera relevante y esencial al punto que su omisión era imposible de ser subsanada, por cuanto ninguno de ellos solicitó el término anticipado.

4. Supuesta Infracción al principio preventivo

Decimoséptimo. La reclamación señaló que el SEIA se rige por las directrices expresadas en el principio preventivo, en cuanto a que el uso de información para efectos de proyectar posibles impactos ambientales y contenerlos debidamente, persiguen la finalidad contenida en el mensaje de la Ley N°19.300 en cuanto a evitar el acacimiento de problemáticas ambientales, caracterizando a este principio como una herramienta de anticipación a cualquier problemática que afecte el medio ambiente de manera significativa, lo que es recogido especialmente en los art. 2 letra j y letra i, de manera que quien propone un proyecto debe, de manera previa a la construcción y ejecución del mismo, estar en posición de señalar a la autoridad los pormenores de dichos efectos, características y circunstancias.

Decimooctavo. Añadió que quien propone un proyecto debe, de manera previa a la construcción y ejecución del mismo, estar en posición de señalar a la autoridad los pormenores de dichos efectos, características y circunstancias, que sean analizados por los servicios correspondientes; que sean calificados de acuerdo a la ley; y que sean finalmente visados, todo ello manteniendo la justa razonabilidad y proporcionalidad en el

establecimiento de las condiciones de aprobación, sin perder nunca de vista la obligación constitucional del Estado de tutelar la preservación del medio ambiente.

Decimonoveno. Señaló además, que la RCA de este proyecto lo calificó favorablemente trasgrediendo toda la normativa anterior y vulnerando este principio. Si bien la resolución que mediante esta acción se impugna, y que resolvió la reclamación administrativa, generó una especie de saneamiento del actuar de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, el vicio del cual adolece el EIA es de tal entidad, que se hace imposible sanearlo a través de la solución propuesta por el Director Ejecutivo del SEA, y dadas las características de hecho y de derecho antes señaladas, es menester que se ordene el rechazo del proyecto, de lo contrario se plantea un alto nivel de incertidumbre en la evaluación ambiental que no puede ser subsanada a través de la medida propuesta por la resolución impugnada.

Vigésimo. El SEA, a su turno, señaló que la parte reclamante no explica cómo se produciría la infracción ya que los motivos de esta dicen relación con el procedimiento de evaluación ambiental retrotraído y no con la resolución recurrida.

Vigésimo primero. Además, lo relevante de este principio es que los impactos que eventualmente pueda generar un proyecto o actividad sean evaluados ex ante de su construcción y operación, para lo cual se creó el SEIA. De ahí que no se explica cómo la resolución recurrida lo vulneraría.

Vigésimo segundo. El sustento de las alegaciones de la reclamante es que los vicios en el procedimiento son de una entidad tal que no podrían ser “saneados” con la resolución recurrida y no hay forma de que se evalúe correctamente el Proyecto con la dictación de un nuevo ICSARA Complementario. Sin embargo, lo cierto es que la resolución recurrida en modo alguno atenta en contra del referido principio porque presupone que para que el Proyecto sea finalmente aprobado, se deben descartar adecuadamente los impactos del art. 11 de la Ley N°19.300 respondiendo adecuadamente las materias planteadas en el nuevo ICSARA.

Vigésimo tercero. El órgano estatal señala que de modo alguno es posible concebir que la resolución recurrida está “saneando” los vicios de la RCA N°111/2018 porque, precisamente, la anuló y retrotrajo el procedimiento de evaluación a partir de sus defectos.

Vigésimo cuarto. Sumado a lo anterior, no es admisible que en esta instancia aleguen vicios que supuestamente se dieron al comienzo del proceso de evaluación y no se plantearon dentro de las observaciones ciudadanas, como la supuesta falta de información relevante y esencial, señala el reclamado.

5. Supuesta facultad del Comité de Ministros para rechazar el EIA

Vigésimo quinto. En este punto la reclamante indicó que el Comité de Ministros tiene competencia para resolver del recurso de reclamación conforme art. 20, 29 de la Ley N°19.300 y art. 78 del Reglamento. A su vez el art. 81 del RSEIA, faculta que esta revisión del mencionado comité no solo se remita a la mera legalidad del acto impugnado, sino también a su mérito, oportunidad y conveniencia.

Vigésimo sexto. De ahí que con la información que constaba en el proceso el Comité debió rechazar el proyecto por falta de información ya que le era factible. Sin embargo, dada la entidad de dichas deficiencias, esta posibilidad de rechazar el proyecto se tornaba un deber en virtud del principio preventivo y las normas que regulan el SEIA. (art. 16 Ley N°19.300 y art. 62 RSEIA).

Vigésimo séptimo. Por su parte el reclamado sostuvo que la decisión del Comité de Ministros de retrotraer un procedimiento de evaluación se ejerció dentro del ámbito de sus competencias. Agrega que la parte reclamante no cuestiona el fondo del razonamiento de la resolución recurrida, no levanta objeciones respecto al análisis técnico realizado que llevó a acoger parcialmente la reclamación administrativa, en particular cuatro de las once alegaciones desarrolladas, no presentando reparo alguno respecto de aquellas alegaciones que fueron rechazadas ni los motivos por las cuales se acogieron aquellas que fueron recogidas, sino que únicamente la solución en cuanto a ordenar retrotraer el procedimiento.

Vigésimo octavo. Prosigue señalando que la parte reclamante discrepa con la forma en que el Comité de Ministros resuelve como deben subsanarse los vicios identificados, ya que no comparte el hecho de que se retrotraiga el procedimiento de evaluación, sino que considera que la RCA debía necesariamente ser dejada sin efecto, dictándose, en su reemplazo, una resolución de calificación ambiental desfavorable.

Vigésimo noveno. El SEA señaló en este punto que el art. 29 de la Ley N°19.300, le permite al Comité examinar aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, siempre limitada a la debida cautela del bien jurídico protegido, siendo procedente incluso retrotraer el procedimiento de evaluación.

Trigésimo. El reclamado concluye que las potestades del referido Comité para revisar una RCA en el marco del procedimiento del art. 20 y 29 de la Ley N°19.300 es en un sentido amplio, contemplando que pueda realizar lo siguiente: i) extender el análisis a cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia; ii) recalificar las causales por las cuales se rechaza un proyecto, teniendo como límite que se remita a impactos que hayan sido evaluados ambientalmente; y, iii) modificar medidas o condiciones establecidas en una resolución de calificación ambiental graduando, recalificando o eliminando éstas; y, iv) retrotraer el procedimiento de evaluación. Por tanto, está facultado incluso para retrotraer el procedimiento de evaluación hasta la etapa que estime pertinente.

Trigésimo primero. Además, la decisión que adopte en ese marco esa una potestad discrecional que debe estar debidamente motivada, teniendo como límites no poder evaluar nuevos impactos que no se hayan identificado en el proceso de evaluación ambiental, facultad que se deriva de su rol de supervigilancia y tutela sobre las actuaciones del SEA, por lo que su actuar fue dentro del ámbito de su competencia y ajustado a la normativa.

6. Supuesta Infracción al principio de congruencia

Trigésimo segundo. El reclamante señaló que el principio de congruencia nace de la idea subyacente de que solo se podrá ventilar en sede jurisdiccional los argumentos que hayan sido expuestos en la etapa administrativa previa. La pretensión de la reclamación administrativa, no solo tuvo como objetivo ser acogida en todas sus partes, sino también, dejar sin efecto la RCA y rechazar el EIA.

Trigésimo tercero. La invocación que el SEA realiza respecto del principio de congruencia para darle sustento a su respuesta de “acoger parcialmente” la reclamación PAC y retrotraer el proceso a la Adenda Complementaria, no tiene coherencia y vulnera su contenido, corresponde a una visión antojadiza y poco consistente especialmente si se tienen en cuenta las graves falencias de la información presentada por el titular en toda la evaluación ambiental y en el análisis de la misma realizado por el SEA en la RCA.

Trigésimo cuarto. El SEA señaló a su vez que los recurrentes incurren en una infracción al principio de congruencia al plantear alegaciones nuevas que no fueron realizadas en la etapa administrativa, es más, ni siquiera están contenida dentro de las observaciones realizadas por ella en el marco del procedimiento de evaluación ambiental, por lo tanto, mal puede alegarse en sede judicial constituyendo una infracción a este principio y una evidente desviación procesal.

Se debe verificar una estricta relación entre las observaciones realizadas durante el proceso PAC y aquellas realizadas en sede administrativa con aquellas realizadas en sede judicial.

Trigésimo quinto. Prosigue indicando que la Reclamante en su reclamación administrativa, realizó alegaciones sobre deficiencias en las respuestas entregadas a las observaciones por ella planteada que, entre otras cosas, dicen relación con falta de independencia, omisión de consideraciones técnicas, problemas metodológicos y omisión de los pronunciamientos de los OAECA. La resolución impugnada acogió parcialmente resolviendo que cuatro de las once alegaciones eran procedentes.

Trigésimo sexto. Sin embargo, en esta sede el reclamante no ha presentado reparos sobre las demás materias ni alegaciones restantes la impugnación no trata sobre aquellas alegaciones que no fueron acogidas, sino única y exclusivamente con que las alegaciones acogidas conllevaban necesariamente, la anulación de la RCA y la dictación de una resolución que califique desfavorablemente el Proyecto, siendo el primer motivo de ello que las deficiencias recaerían sobre información relevante y esencial, lo que las haría insubsanables; alegación que no fue planteada en sede administrativa ni como observación ciudadana. Tampoco que el EIA haya carecido de información relevante y esencial por lo que debía decretarse el término anticipado del procedimiento de evaluación.

7. Supuesta vulneración al derecho de participación ciudadana

Trigésimo séptimo. El reclamante indica que la incorporación de la opinión de los ciudadanos en el proceso de evaluación ambiental es esencial en virtud del Principio 10 de la Declaración de Río, principio contenido en el mensaje de la Ley N°19.300, y misma línea sigue la Ley N°20.417. Esta participación se manifiesta en el derecho de los ciudadanos a presentar observaciones y en la obligación de la autoridad ambiental de considerarlas debidamente, tanto durante el proceso de evaluación como en los fundamentos de la RCA, siendo en los EIA obligatoria.

Trigésimo octavo. Ahora bien, en este caso puede ocurrir que si durante el procedimiento de evaluación el EIA hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten “sustantivamente” al proyecto, el SEA competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, cuestión que de retrotraer al ICSARA ordenando la incorporación de la información y dado que la importancia de la información omitida puede implicar una falta de garantía para la realización de un proceso de participación ciudadana informada y oportuna, pues la consideración de que las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones afecten sustantivamente el proyecto, queda relegado a un ámbito discrecional del SEA, no asegurándose, por lo tanto, el derecho de la ciudadanía a emitir nuevas observaciones.

Trigésimo noveno. El SEA por su parte señaló que no existe una infracción al derecho a la participación ciudadana por parte del Comité de Ministros al dictar la resolución recurrida. La reclamante sostuvo que el vicio se daría por una hipotética denegación de la apertura de un proceso PAC frente a posibles modificaciones sustanciales del Proyecto con ocasión de las respuestas que se entreguen en la Adenda Complementaria.

Cuadragésimo. Sin embargo, esta alegación es improcedente porque se basa en escenarios hipotéticos que hasta la fecha no han ocurrido, por lo que el vicio en cuestión no se ha producido. Además, de verificarse, ocurriría por actos posteriores a la resolución recurrida, no siendo imputables a esta última. Asimismo, de ocurrir lo planteado por la Reclamante, nada obsta a que nuevamente pueda presentar un recurso de reclamación en los términos establecidos en el art. 29 de la Ley N°19.300 denunciando este vicio.

8. Petitorio de la reclamación

Cuadragésimo primero. El órgano reclamado señaló que el petitorio de la reclamación de autos es un llamado expreso a que este Tribunal actúe más allá del ámbito de sus competencias ya que implica una infracción a lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N°20.600.

La reclamante buscaría que este Ilustre Tribunal determine el contenido discrecional de la resolución reclamada, porque si bien el mencionado Comité estimó que existieron vicios en el procedimiento de evaluación ambiental y no fueron debidamente abordadas las observaciones ciudadanas efectuadas por el reclamante, determinó que la sanción era retrotraer el procedimiento de evaluación y no rechazar el Proyecto, asunto que está dentro del ámbito de sus potestades discrecionales.

Se señala por el SEA que el petitorio implica una vulneración al precepto al art. 30 de la Ley N°20.600 así como a los art. 6 y 7 de la CPR, por cuanto se le pide a este Tribunal que se arroge potestades que el ordenamiento jurídico no le otorga.

IV. Principales controversias estimadas por este Tribunal

1. En cuanto a la debida consideración de las observaciones ciudadanas

Cuadragésimo segundo. Respecto a esta controversia es importante para este Tribunal en primer término indicar que en sede administrativa se presentaron once observaciones por el reclamante, las que posteriormente fueron agrupadas por el Comité en ocho. De las ocho observaciones el Comité de Ministros acogió cuatro, señalando que estas efectivamente no habrían sido debidamente consideradas y que en esta etapa serán debidamente abordadas, ordenando retrotraer el procedimiento y exigiendo adicionar información e incluir ciertos aspectos sobre línea base; ya que no se habría considerado la calidad del relave o arenas de retorno, en particular, debido a la presencia de metales como cobre, níquel, manganeso, plomo, entre otros. También considerar los eventuales efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables (recursos hídricos), medio marino y Sitio Prioritario Quebrada de Peralillo.

Cuadragésimo tercero. Efectivamente el Comité acoge la reclamación administrativa parcialmente en estos puntos, desechado las otras observaciones y alegaciones.

Cuadragésimo cuarto. El reclamante en esta etapa judicial ha sostenido que sus observaciones no habrían sido debidamente consideradas, ya que debieron haberse acogido y dejado sin efecto la RCA del proyecto.

Cuadragésimo quinto. La reclamación judicial solo versó respecto de las cuatro observaciones que fueron acogidas, no solicitando la declaración de ilegalidad del acto por no haberse considerado las restantes siete observaciones.

Cuadragésimo sexto. De ahí que estos sentenciadores no comparten lo expuesto por la reclamante, pues justamente el Comité de Ministro, acogiendo parcialmente el recurso administrativo ordena retrotraer el procedimiento y complementar la información faltante, incluso incorporando nuevas exigencias al titular

respecto de la evaluación de su proyecto, acogiendo las observaciones ciudadanas en que se funda la reclamación que ahora se resuelve, por lo que bajo ningún respecto se puede sostener que no existió la debida consideración de las mismas.

Cuadragésimo séptimo. Cabe tener presente que la controversia real no radica en si fue o no considerada en forma debida las observaciones ciudadanas que fundan esta acción, sino solo en que, acogidas las mismas, podía el órgano resolutor retrotraer el procedimiento a una etapa anterior, sosteniendo el titular de las observaciones que la única posible decisión era el rechazo del proyecto, cuestión que se aleja de la controversia en estudio, y de la cual esta sentencia se hará cargo más adelante.

Cuadragésimo octavo. Por lo antes señalados estos sentenciadores no acogerán la reclamación en este punto.

2. Respecto del alcance de las facultades del Comité de Ministros

Cuadragésimo noveno. Entendiendo estos sentenciadores que esta controversia es crucial e incide directamente en otras planteadas por las partes, se hace necesario precisar el alcance de las facultades que se le otorgan al Comité de Ministros de conformidad a la Ley, por lo que se procederá en los párrafos siguientes a dilucidar lo planteado.

Quincuagésimo. El art. 20 de la Ley N°19.300 establece las facultades del Comité de Ministros, señalando que:

“En contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contado desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental.

Con el objeto de resolver las reclamaciones señaladas en el inciso primero, el Director Ejecutivo y el Comité de Ministros podrá solicitar a terceros, de acreditada calificación técnica en las materias de que se trate, un informe independiente con el objeto de ilustrar adecuadamente la decisión. El reglamento establecerá cómo se seleccionará a dicho comité y las condiciones a las que deberá ajustarse la solicitud del informe.

En el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, el Comité de Ministros deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental...”

Quincuagésimo primero. La reclamación judicial interpuesta ha reconocido que el mencionado Comité presenta facultades no solo para realizar un examen de mera legalidad del acto impugnado, sino también de revisar su fondo, afirmando y validando las facultades amplias de dicho órgano y discrepando tan solo en la decisión que asume el Comité de Ministros en este caso, en orden a complementar la información necesaria retrotrayendo la evaluación en estos puntos y no la de rechazar el proyecto.

Quincuagésimo segundo. A juicio de estos sentenciadores, de la normativa citada y demás aplicable en la especie, se ha estimado que la competencia que se le otorga a dicho Comité cuando este tiene que resolver la reclamación administrativa pertinente, es de un alcance amplio pudiendo desde rechazar el proyecto hasta establecer condiciones o exigencias para su realización, teniendo la posibilidad también de subsanar evaluaciones defectuosas que no hayan considerado todos los eventuales impactos presentes, pudiendo incluso retrotraer la evaluación para que esta sea complementada o subsanada en la misma sede administrativa, tornando el proceso de evaluación ambiental de esta manera más eficiente.

Quincuagésimo tercero. Este criterio ha sido sostenido mayoritariamente en la jurisprudencia especializada de los Tribunales Ambientales donde se ha sostenido:

“Trigésimo quinto. Que, a juicio del Tribunal, el alcance de la revisión es amplio, lo que se desprende de las disposiciones de la Ley N°19.300, de la doctrina especializada y de la jurisprudencia pertinente, aunque está limitado a los impactos que han sido objeto de evaluación, cuestión relacionada necesariamente con los hechos acreditados dentro del expediente administrativo llamado a conocer y revisar por el órgano respectivo.” (Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, rol R-72-2015).

Quincuagésimo cuarto. También se ha señalado que:

“... De esta norma es posible interpretar que el Comité de Ministros se encuentra facultado para resolver la reclamación interpuesta en contra de una resolución de calificación ambiental, pudiendo no solo rechazar el proyecto en cuestión, sino que también, conforme al inciso final del artículo precitado, establecer condiciones o exigencias para su realización...” (Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, rol R-169-2017, considerando trigésimo tercero).

Quincuagésimo quinto. A su turno, la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema así lo ha sostenido:

"Que así las cosas resulta evidente que la competencia del Comité de Ministros establecido en el artículo 20 de la Ley N°19.300 es amplia y le permite, basado en los elementos de juicio que apareje el reclamante y en los que el mismo recabe, revisar no sólo formalmente la decisión reclamada sino que, además, puede hacerlo desde el punto de vista del mérito de los antecedentes, circunstancia que le habilita, a su vez, para aprobar un proyecto inicialmente rechazado, aplicándole, si lo estima necesario, condiciones o exigencias que, a su juicio, resulten idóneas o adecuadas para lograr los objetivos propios de la normativa de protección medioambiental, incluyendo entre ellas medidas de mitigación o compensación que tiendan a la consecución de ese fin y, especialmente, a la salvaguardia del medio ambiente y de la salud de la población que podrían ser afectadas por el respectivo proyecto" (Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol N°6563-2013, Considerando 22°).

Quincuagésimo sexto. Se debe considerar además que otra de las características de este Comité es el carácter discrecional de sus decisiones de conformidad a lo establecido en el art. 29 de la Ley N°19.300, que en lo pertinente señala:

“... Si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto...”

Quincuagésimo séptimo. Una vez asentado que dicho Comité posee facultades amplias, es imperativo a juicio de estos sentenciadores relevar el carácter discrecional que poseen las decisiones de este órgano, que lo obliga evidentemente a motivar todas y cada una de sus decisiones y actuaciones, -exigencia que por lo demás pesa por sobre todos los órganos de la administración-, limitando dicha discrecionalidad a la imposibilidad que pesa sobre este de no poder evaluar nuevos impactos que no hayan sido identificados en el proceso de evaluación ambiental.

Quincuagésimo octavo. En el caso de autos, la reclamante ha indicado que el Comité excede en sus competencias según lo establecido en los art. 18, 40, 41, 42 y 43 del RSEIA, de donde se desprendería la imposibilidad que existiría en el SEIA de incorporar, mediante adendas, información nueva que busque subsanar los defectos de fondo que contenga una DIA o un EIA, entendiendo por estos la falta de información relevante y/o esencial del instrumento de ingreso al Sistema.

Quincuagésimo noveno. Sin embargo, a juicio de este Tribunal tales disposiciones no son infringidas por el Comité toda vez que en ninguna de ellas se limita esta posibilidad. A mayor abundamiento se ratifican las amplias competencias que tiene el órgano de cual emana la resolución reclamada.

Sexagésimo. La competencia del Comité cuando conoce y resuelve el recurso de reclamación administrativa comprende tanto la competencia reglada como discrecional, permitiéndosele incluso ponderar todos los elementos del acto administrativo por encontrarse dentro de la misma etapa de evaluación, incluyendo los aspectos legales como de mérito, oportunidad o conveniencia. Sin embargo, como contraparte a estos amplios poderes el Comité de Ministros se encuentra en la obligación de motivar adecuadamente sus decisiones, lo que obliga a requerir información precisa y especializada, teniendo por lo tanto amplias facultades, pero a su vez, amplias obligaciones.

Sexagésimo primero. La jurisprudencia especializada en esta materia ha señalado que:

“...Trigésimo cuarto. Que, de esta forma, el Comité de Ministros, goza de una competencia en sede de reclamación administrativa que le permitiría, en caso de que así lo decida, subsanar una eventual evaluación defectuosa o incompleta de los impactos presentes, ya sea -entre otras medidas- devolviendo o retrotrayendo la evaluación a la etapa que estime pertinente, o exigiendo los estudios necesarios para dilucidar, en este caso, las eventuales inquietudes no resueltas de la ciudadanía. De este modo, si hubo errores en la evaluación, éstos pueden ser corregidos en sede administrativa. Reafirma este razonamiento lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, la que ha sostenido que: “[...] El Comité de Ministros [...] se encuentra facultado, para conocer de la reclamación interpuesta en contra de la resolución que 'rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental' y, además, se le otorga competencia no sólo para rechazar el proyecto materia del respectivo estudio sino que también, [...], para establecer condiciones o exigencias al mismo (Sentencia Corte Suprema, Rol N°6563-2013, de 17 de enero de 2014, c. 16).” (Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-169-2017).

Sexagésimo segundo. El máximo Tribunal de Justicia del país ha señalado:

"Que de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N°19.300 se desprende que, en lo que concierne a las Declaraciones de Impacto Ambiental: [...] el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental al conocer de la reclamación interpuesta en contra de la Resolución de Calificación Ambiental que se refiere a una Declaración de Impacto Ambiental tiene competencia no sólo para rechazar el proyecto materia de la respectiva declaración sino que también, conforme al inciso final de la aludida norma, para establecer condiciones o exigencias al mismo. [...] Que como consecuencia de lo que se ha expuesto, cabe concluir, entonces, que siendo el recurso de reclamación previsto en el artículo 20 de la Ley N°19.300 un recurso administrativo, respecto del cual la autoridad llamada a conocerlo [...] goza de amplias facultades para revisar no sólo la legalidad de la decisión impugnada por su intermedio sino que, además, examinar aspectos de mérito de la misma, es pertinente concluir que también cuenta con atribuciones suficientes para negar lugar, rechazar o establecer condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental [...] analizando para ello aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, teniendo siempre en vista el bien jurídico protegido, cual es, el medio ambiente" (Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol N°32.368-2014, Considerandos 6° a 14°).

Sexagésimo tercero. En otro pronunciamiento ha señalado que:

“7°.- En consecuencia, constituye jurisprudencia asentada de esta Corte la convicción de que el Comité de Ministros establecido en el artículo 20 de la Ley N°19.300 goza de competencia suficiente, al conocer de la reclamación allí prevista, para identificar nuevos impactos ambientales, distintos de aquellos que fueron objeto de evaluación en el procedimiento administrativo previo, y para adoptar, en consecuencia, nuevas medidas de compensación o mitigación, en consonancia con tales antecedentes...” (Sentencia Reemplazo Excma. Corte Suprema, Rol N°2653-2018).

Sexagésimo cuarto. Que, en el mismo sentido se ha señalado que:

“Trigésimo noveno. Que, ahora, dentro de los límites de la revisión, el Comité de Ministros puede, en síntesis, revocar o confirmar la decisión de las comisiones de evaluación o del Director Ejecutivo del SEA. Si el proyecto o actividad es finalmente aprobado -revocando la decisión original de rechazarlo-, o confirmando -cuando originalmente había sido aprobado-, el órgano revisor podrá modificar las medidas o condiciones establecidas, por ejemplo, graduando, recalificando o eliminando éstas. Podrá, también, si resulta pertinente, retrotraer el proceso a una etapa determinada. Por su parte, si el proyecto o actividad es finalmente rechazado podrá justificarse a) cuando no haya información relevante o esencial respecto de determinados impactos o medidas; b) porque se advierte un vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental; y c) también, si se acredita la exclusión de una norma sustantiva que debía aplicarse para la evaluación de un determinado impacto, como al efecto se refirió el Tribunal en su sentencia de 4 de octubre de 2013, Rol R N°2-2013. Por último, si el Comité de Ministros identifica un nuevo impacto significativo -que no fue objeto de evaluación-, no podrá establecer por sí mismo una nueva medida o condición asociada a aquel, sino que deberá devolver el expediente al órgano respectivo para que adopte las medidas pertinentes. Todo lo anterior exige necesariamente la debida motivación.” (Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol N°72-2015).

Sexagésimo quinto. De ahí que a juicio de estos sentenciadores en el actuar del Comité de Ministro que se refleja en la dictación del acto objeto del reclamo, no es posible advertir ninguna ilegalidad, ya que este actuó

dentro del ámbito su competencia, en la oportunidad legal correspondiente, y además acoge el recurso de reclamación administrativo parcialmente ordenando completar la información al Titular requerida por este órgano antes de comenzar la ejecución del proyecto, subsanado cualquier omisión que pudiese observarse en la etapa evaluativa y/o evitando cualquier nuevo riesgo que se pudo detectar en esta etapa y solicitando además, que esta sea remitida dentro de este mismo periodo de evaluación.

Cabe tener presente que en el caso concreto no concurre algunas de las circunstancias que justificarían como única resolución el rechazo del proyecto, en los términos indicados en el considerando anterior, porque no cabe sino insistir en que la resolución cuestionada no adolece de ilegalidad.

Debe tenerse presente en relación a lo último, que no puede sostenerse que el proyecto ya había resistido dos evaluaciones previas en relación a que no adolecía de información relevante, como lo fue en primera revisión de admisibilidad, oportunidad en que el Servicio pudo hacer uso de la facultad del artículo 15 bis de la Ley N°19300, como en los informes recibidos de las OAEAS, que fueron favorables, lo que redundó nuevamente en la justificación adecuada de la decisión cuestionada.

Sexagésimo sexto. Un punto que se debe agregar es que la facultad de derechamente rechazar un proyecto por información insuficiente, es una facultad de la cual en este caso no se hizo uso por la autoridad, sin que se pueda revisar por esta vía el mérito de esa decisión, siendo claro que el sistema por regla general acepta la revisión de parámetros en más de un solo momento, y claramente un caso es el del art. 25 quinquies de la Ley N°19.300, que puede llevar una RCA a nuevas evaluaciones progresivas, con nuevas publicaciones y nuevas resoluciones, lo que nos deja claro que el proceso no es necesariamente lineal y sujeto al principio consecutivo legal, lo que permite concluir que el retrotraer el proceso a una etapa anterior se encuentra completamente ajustado a derecho.

Sexagésimo séptimo. Sobre esto la Corte Suprema ha señalado:

“Quincuagésimo tercero: Que los razonamientos expuestos tienen la mayor relevancia, toda vez que si el Comité de Ministros, al conocer de las reclamaciones previstas en los artículos 20 y 29 de la Ley N°19.300, goza de competencia suficiente para adoptar una decisión distinta de la COEVA, realizando un análisis de mérito de las reclamaciones en relación a la evaluación del proyecto, se encuentra facultado para rechazarlo o aprobarlo con medidas de mitigación, compensación o reparación, distintas a las establecidas por el referido órgano regional, estando autorizado para identificar nuevos impactos ambientales, distintos de aquellos que fueron objeto de evaluación en el procedimiento administrativo previo, e incluso, si concuerda con lo resuelto por la COEVA, empero, por motivos diversos a los expresados por ella, puede resolver en tal sentido y cambiar completamente el razonamiento del acto administrativo, con mayor razón puede complementar los razonamientos expresados en el acto administrativo, dotándolo así de la debida motivación, si es que comprueba que ha existido un déficit en ese sentido.

Lo anterior no es más que la concreción del régimen recursivo establecido en el procedimiento de Evaluación Ambiental previsto en la Ley N°19.300, que si bien entrega competencias específicas y determinadas a la COEVA en relación a la evaluación técnica ambiental del proyecto sometido a su conocimiento, establece, a su vez, recursos que pueden ser ejercidos por el titular del proyecto y por reclamantes PAC, cuyo conocimiento se radica en el Comité de Ministros, quien debe resolver las materias propuestas teniendo en consideración, como se señaló, el objetivo central del procedimiento, que no es otro que establecer si determinado proyecto se ajusta a la normativa ambiental, determinando, en el caso de un Estudio de Impacto Ambiental, si éste se hace cargo de los impactos generados a través de las medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. Justamente, por esta razón es que el legislador entrega amplia competencia al Comité de Ministros, órgano que, según se expuso, no sólo puede sustituir por completo la motivación del acto administrativo, sino que también puede complementarlo...” (Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol N°12907-2018).

Sexagésimo octavo. Que, por lo demás, la decisión contra la cual se dirige esta acción, se encuentra suficientemente motivada desde un punto de vista jurídico técnico, y tanto es así, que el actor no ataca la resolución por falta de fundamento, sino solo en la improcedencia de la decisión adoptada.

Sexagésimo noveno. Es por las razones antes señaladas que estos sentenciadores rechazarán la reclamación en este punto pues la amplitud de las competencias del Comité es una materia reiteradamente establecida por la Excelentísima Corte Suprema, ya que de conformidad a lo establecido en el art. 20 de la Ley N°19.300 ha sostenido que su competencia es amplia, incluyendo tanto la revisión formal como de mérito, pudiendo incluso modificar las RCA, e imponer condiciones, exigencias y medidas.

3. Respecto a la esencialidad o entidad de la información faltante y requerida por el Comité de Ministros

Septuagésimo. A juicio de estos sentenciadores es importante considerar algunos preceptos normativos ambientales y la aplicación de ellos al caso sub lite.

Los art. 10 y 11 de la Ley N°19.300 establecen los proyectos que deben someterse a evaluación ambiental, por lo que tratándose de proyectos de desarrollo minero sobre las 5.000 ton/mes de conformidad a la letra i) del art. 10 debe someterse al SEIA, y a través de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad lo señala el art. 11, en sus letras a y c.

Septuagésimo primero. A su vez, se establece en el art. 16 de la misma ley que la Comisión que hace mención el art. 86 de la misma Ley o el Director Ejecutivo podrán solicitar aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al contenido del Estudio de Impacto Ambiental que estime necesarias y una vez presentadas, este órgano se pronunciará.

Septuagésimo segundo. Si la calificación resulta favorable, se acompañará al respectivo estudio los permisos o pronunciamientos ambientales que puedan ser otorgados en dicha oportunidad por los organismos del Estado.

Septuagésimo tercero. Si el pronunciamiento es desfavorable esta resolución debe ser fundada y a su vez deben indicarse las exigencias específicas que se deben cumplir por parte del eventual titular.

Septuagésimo cuarto. Dentro de las exigencias requeridas para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental en su caso, es que este se haga cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el art. 11 de la LOSMA, proponiendo las medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. De ahí que, de no cumplirse con este requerimiento, este debe ser rechazado.

Septuagésimo quinto. Sabido es que toda actividad productiva genera un impacto al medio ambiente, impactos que se gradúan respecto de la actividad que se desarrolle. Así, en caso de megaproyectos industriales, es evidente que sus impactos son mayores y no obstante ello, la legislación no los prohíbe, estos son permitidos siempre y cuando se cumpla con los requerimientos que la evaluación ambiental determine.

Septuagésimo sexto. En función de esta evaluación se determinarán las externalidades positivas y negativas que cada proyecto generará. De ahí que resulta fundamental en el caso de las externalidades negativas que estos procesos de evaluación permitan diseñar a cada titular las medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas, poniendo énfasis en aquellas en que se produzcan daños no reparables, donde la compensación ambiental es fundamental.

Septuagésimo séptimo. Ahora bien, considerando que las externalidades en general son difíciles de prever en su totalidad, en particular las negativas, es que el legislador no ha establecido un estándar fijo de evaluación, y justamente el diseño de los estándares exigidos en cada proceso evaluativo queda entregado a los distintos órganos de control, a través de las OAECAS, al SEA o al Comité de Ministros, y como último eslabón en esta cadena a los órganos que ejercen jurisdicción en materias ambientales, tales como los Tribunales Ambientales y la Excm. Corte Suprema, debiendo el titular, si desea el éxito de su proyecto, adecuarse a las exigencias no solo las existentes al momento de planificar, sino a todas las nuevas que surjan en el desarrollo del proceso de evaluación, para por esa vía abarcar todos los efectos del proyecto.

Septuagésimo octavo. A estos sentenciadores no les resulta lógico considerar un modelo de evaluación rígido, que no permita deambular en los diferentes requerimientos que cada proyecto exija, aún más si se considera que conforme avanza la ciencia, tecnologías y conocimientos técnicos, sumado a la demora institucionalizada en las evaluaciones ambientales, van a aparecer nuevas soluciones o problemas asociados a la misma unidad que requerirá superar.

Septuagésimo noveno. Ahora bien, la institucionalidad ambiental está llamada a entregar certeza a los distintos actores que participan en torno a la evaluación, esto es, titular, estado, comunidad, etc., partiendo por que el sistema permita planificar adecuadamente cada proyecto que se evalúa, considerando además de la variable ambiental, aquella económica entre otras, si se tiene en cuenta que las inversiones comprometidas en estos no son menores.

Octogésimo. Como bien sostuvo la reclamante, durante el proceso de evaluación y en virtud el art. 15 bis de la LOSMA se le permitía al Servicio de Evaluación Ambiental rechazar de plano el proyecto en su oportunidad, lo que este no hizo, manteniendo vigente aquél y solicitando al titular complementar la información que a su juicio era necesaria. Esta facultad es discrecional del órgano estatal.

Octogésimo primero. De ahí que para estos sentenciadores el espíritu de la norma precisamente dice relación con que cada proyecto debe superar aquel estándar mínimo exigible, pero luego, debe procederse a un diseño mancomunado del estándar concreto al proyecto en estudio. Aquí se requiere la participación de todos los actores involucrados en el proyecto como de aquellos respecto de los cuales este generará efectos, pasando por la opinión de los organismos especializados en materia ambiental que conforman esta institucionalidad y bajo el rol coordinador del Servicio de Evaluación Ambiental.

Octogésimo segundo. De esta manera es posible realizar todas las adecuaciones necesarias a aquel, producto de los requerimientos y observaciones que todos los agentes de la institucionalidad ambiental determinen, incluso aquella que la propia autoridad releve. De esta forma el titular deberá realizar todas aquellas adecuaciones o complementaciones necesarias para que el proyecto sea viable ambientalmente.

Octogésimo tercero. Que entendido así el proceso de evaluación, en el caso concreto del proyecto consiste en extraer por dragado estos antiguos relaves depositados en la Playa Grande de Chañaral, procesarlos en una planta metalúrgica para extraer cobre y obtenerlo en forma de cátodos y concentrados, para luego retornar a la misma playa las arenas procesadas en la planta metalúrgica, que recupera cobre y acondiciona los residuos masivos finales para ser depositados en el mismo sitio desde donde se tomaron en una nueva condición ambiental.

Octogésimo cuarto. El titular presentó su EIA que consideraba la evaluación de los componentes ambientales dentro de su área de Influencia incluyendo en su evaluación todos los factores propios del proyecto. Posteriormente a requerimiento de los reclamantes el Comité de Ministros consideró evaluar eventuales riesgos asociados a Salud de las Personas, Recursos Hídricos, Medio Marino, Proximidad al Sitio Prioritario Peralillo, solicitando que se entregue por parte del titular para el caso de Riesgos asociados a la salud de las Personas y Recursos Hídricos, que se complemente la información presentada y para el caso de Medio Marino y Proximidad al Sitio Prioritario Peralillo, se incluyan en el área de influencia del proyecto con el fin de evaluar estos componentes ambientales que fueron omitidos.

Octogésimo quinto. A juicio de estos sentenciadores la información requerida por el Comité adicional es precisamente con el fin de considerar eventuales riesgos que se puedan producir en los componentes ya indicados, por lo que evidentemente es una información necesaria y relevante. Por lo demás sobre este punto no hay discusión en torno a la esencialidad de esta información según se desprende de la resolución del Comité de Ministros y la reclamación tanto administrativa como judicial, solo que la esencialidad de aquella debe ser entendida como aquella información relevante que permite recauzar la evaluación y que en función de una nueva gestión, es posible superarla y no como pretende el reclamante de autos en orden a considerar que al faltar esta información, el proyecto queda invalidado y deba ser rechazado.

Octogésimo sexto. A juicio de estos magistrados el problema no es del proyecto, sino más bien de la evaluación del mismo, ya que al irse modificando el estándar exigido en las distintas etapas de evaluación va imponiendo nuevas exigencias al titular que en este caso se allana a cumplirlas.

Octogésimo séptimo. La información requerida por el Comité de Ministro viene para complementar la evaluación, está dentro de las facultades que la ley le otorga tal como se desarrolló latamente en los apartados anteriores. De ahí que para el caso concreto el comité solicitó las siguientes complementaciones e inclusiones.

Octogésimo octavo. En cuanto a la observación respecto a la i) eventual generación de un riesgo para la salud de la población, tal como lo indica la normativa de calidad de aire respecto a Material Particulado Respirable (MP10), se establece como límite que la concentración anual sea de 50 ug/m³N, considerándose superado cuando el promedio de tres años calendarios consecutivos sea mayor o igual al valor indicado en la norma ya señalada.

Octogésimo noveno. Por otro lado, el escenario ideal para describir la calidad del aire del área de influencia previo a la ejecución del proyecto, es contar con doce meses de monitoreo del año calendario, no obstante, según sea el caso, se considera como valor de concentración anual válido aquel período de monitoreo que cuente con una proporción de datos validos igual o mayor al 75% en el caso de mediciones continuas según lo establecido por la Guía Calidad del Aire en el Área de Influencia de Proyectos que ingresan al SEIA.

Nonagésimo. En la evaluación del proyecto se informó que la época de medición efectiva fue en el período comprendido entre el mes de marzo del año 2015 y febrero del año 2016, registrando información válida de 341 días, por lo que se concluyó que el monitoreo cuenta con una proporción de datos validos superior al 75%.

Nonagésimo primero. Se señaló que, respecto a lo observado, en relación a la gran cantidad de relaves antiguos depositados en el fondo del mar, esto indica que, previo al equilibrio dinámico actual en la línea de costa,

la acción de oleaje y corrientes marinas fue en sentido “hacia el mar” en lugar de “hacia el continente”. Al estar ahora en un equilibrio dinámico no podría esperarse un aporte periódico de sedimentos de fondo de mar al sector de playa actual. Esta información fue aportada por el titular en el Anexo I “Oceanografía física y modelación numérica Chañaral de las Animas”, de la Adenda, como en la información de línea base marina para el Estudio de Pre-Factibilidad Ambiental del Proyecto Playa Verde de mediados del año 2014. En cuanto a las Características Morfológicas de la Costa (en Playa Grande de Chañaral), se ejecutó un estudio histórico preliminar de los movimientos de la línea de costa en base a fotografías aéreas que cubren un período de 9 años (2004 a 2013). En dicho estudio se concluyó que: “No existió ningún instante de variación significativa en la línea de costa, es decir, no se detectó un avance o retroceso absoluto de la línea de costa que permitan establecer una tendencia a la erosión secular o acreción”, según consta en la Adenda 1, en el punto N°2 de la adenda justificación del área de influencia, respuesta N°1, página 67.

Nonagésimo segundo. No obstante, esta información el Comité de Ministro consideró que en relación a una eventual generación de un riesgo para la salud de la población conforme a lo establecido por el art. 5 del RSEIA, no se habría considerado la calidad del relave o arenas de retorno, en particular, debido a la presencia de metales como cobre, níquel, manganeso y plomo, entre otros. En este sentido, señaló el Comité que tal afectación se produciría tanto por el uso recreacional que tendrían los relaves depositados en la playa como por la dispersión de estos en la comuna de Chañaral.

Nonagésimo tercero. Concluye considerando que la normativa de referencia utilizada no es adecuada para descartar riesgo para la salud de la población, y estimar que los estudios presentados no serían suficientes, sumado a que la normativa de residuos peligrosos utilizada para descartar también el riesgo para la salud de la población no es idónea y lo informado en su oportunidad por la Subsecretaría de Salud Pública en la etapa recursiva, el órgano reclamado estimó acoger las materias reclamadas administrativamente, considerando que los antecedentes técnicos no han sido suficientes para permitir pronunciarse sobre la posible generación de riesgo para la salud de la población, derivado del manejo de residuos propuesto por el Proyecto, específicamente, para los relaves mineros según lo estipulado en el art. 5 letra d) del RSEIA.

Nonagésimo cuarto. De ahí que, en lo relacionado con el uso de una norma o estándar en función de la calidad basal del suelo de Chañaral en un área sin presencia de relaves mineros, se mencionaron la diversidad de normas para medir estas concentraciones de metales pesados y contaminantes en los suelos, respecto de los usos urbanos, residenciales y recreativos, como por ejemplo la normativa de Alemania, Suiza, Brasil, España y Canadá, entre otros.

Nonagésimo quinto. Por tanto, el Comité de Ministros resolvió que el titular acompañara antecedentes técnico suficientes y adecuados para evaluar el eventual riesgo para la salud de la población derivado del manejo de residuos propuestos por el proyecto.

Nonagésimo sexto. En cuanto a la observación ii) de los efectos que el proyecto generaría sobre la cantidad y calidad del recurso hídrico terrestre, durante la evaluación ambiental se ha podido determinar que el Titular aclaró que no existe interacción entre las obras y actividades del Proyecto y el ecosistema marino. Lo que se interviene es el acuífero continental de agua salobre del paleocauce del Río Salado, lo cual es explicado con detalle por la empresa en diferentes acápite de la Adenda N°1 del Proyecto. No se interviene agua de mar y la calidad de las aguas del acuífero continental no son modificadas por el proceso metalúrgico ya que la Planta cuenta con una sección de Neutralización y Tratamiento de Aguas (de proceso) que asegura el cumplimiento de los objetivos ambientales del Proyecto.

Nonagésimo séptimo. Sin embargo, el Comité de Ministro estimó que durante la evaluación ambiental del Proyecto no se acompañaron suficientes antecedentes para justificar la inexistencia de los efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad del recurso hídrico, toda vez que no fue evaluada una eventual afectación a las aguas superficiales y subterráneas como consecuencia de los procesos del Proyecto, por lo que solicitó acompañar antecedentes suficientes y adecuados para evaluar los efectos sobre la cantidad y calidad del recurso hídrico continentales de competencia de la Dirección General de Aguas (DGA).

Nonagésimo octavo. En cuanto iii) al medio marino, se debe aclarar que, conforme a los antecedentes presentados durante el proceso de evaluación por parte del Titular, no existirá interacción entre las obras y actividades del Proyecto y el ecosistema marino, el agua salobre que se utilizará en el procesamiento de las arenas mineralizadas, y la laguna operacional, corresponde a agua subterránea proveniente del paleocauce del Río Salado que finalmente descarga subterráneamente en el mar, en un sector del litoral ubicado al oeste de la zona a ser dragada.

Nonagésimo noveno. Conforme a lo señalado en Adenda, el Titular reconoce errores de redacción en algunos acápite específicos del EIA presentado, donde se hace mención a la utilización de agua de mar en vez de aguas salobres provenientes del acuífero continental subterráneo bajo la superficie de la playa. Este acuífero presenta un marcado gradiente de su nivel freático hacia el mar, y origina una descarga subterránea al mar de aguas aún más salinas provenientes del continente (formación acuífera en paleocauce del río Salado).

Centésimo. La calidad de las aguas subterráneas en el acuífero bajo el área de la playa no será modificada por el proceso metalúrgico del proyecto, ya que la Planta ha incluido una sección que asegura ese objetivo. Por otra parte, los objetivos ambientales del proyecto, tal como están presentados en el EIA, son comprometidos por el Titular y serán objetivo de monitoreo y control durante toda la vida activa del proyecto.

Centésimo primero. En este punto el Comité estimó que al no haber sido considerado el medio marino dentro del área de influencia del Proyecto, este debía incluirlo entregando información completa de la línea base y procederse a la evaluación para descartar impactos significativos y eventuales situaciones de riesgos y contingencias sobre este elemento, debiendo acompañar antecedentes técnicos suficientes y adecuados.

Centésimo segundo. En cuanto iv) al sitio prioritario Quebrada de Peralillo se reconoce la presencia de este cercano al Proyecto, no interviniéndose la superficie del sitio, y considerando además que este no se encuentra incluido en el Instructivo SEA N°100143 denominado “Sitios Prioritarios para la Conservación en el SEIA”. No obstante, el Titular consideró la vegetación presente en el sitio para la evaluación de material particulado sedimentable (MPS) asociada a la fase de construcción, concluyéndose que los aportes serán casi nulos sobre el sitio.

Centésimo tercero. Sin embargo, el Comité de Ministros solicitó incorporar el Sitio Prioritario Quebrada de Peralillo en el área de influencia y línea de base del Proyecto, debiendo el titular entregar antecedentes suficientes y adecuados para evaluar los del art. 11 letra d) de la Ley N°19.300, incluyendo la eventual posibilidad de afectación del sitio prioritario y su valor Ambiental.

Centésimo cuarto. Que, del análisis efectuado a los antecedentes científicos referenciados precedentemente, es posible inferir por parte de estos sentenciadores, que la gran mayoría de las materias abordadas se encuentran contenidas en los diferentes apartados del expediente de evaluación ambiental y que, por lo demás el SEIA permite enmendar y/o complementar la información faltante o nueva que se pretenda evaluar, ya que con esta información adicional no supone cambiar el proyecto, solo se pretende asegurar que el proyecto cumpla con los estándares exigidos.

Centésimo quinto. Por lo expuesto en este punto, este Tribunal arriba a la convicción que la información permitirá seguir avanzando en una más adecuada evaluación del proyecto, pues en caso de que la administración identifique la existencia de nuevos impactos significativos que requieran la adopción de nuevas medidas de mitigación, reparación o compensación, como además de los planes de seguimiento que se requieran respecto del comportamiento de las variables ambientales, estas serán consideradas.

Centésimo sexto. Por todo lo antes razonado este Tribunal rechaza la reclamación en este punto.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, Ley N°19.300, disposiciones legales y reglamentarias citadas y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar la reclamación interpuesta por el Sr. Manuel Fernando Cortés Alfaro, a fs. 1 y siguientes de autos; respecto de la Resolución Exenta N°202199101217, de fecha 14 de abril de 2021 del Comité de Ministros, y en consecuencia se mantiene firme tal resolución por haber sido dictada conforme a derecho.
- II. No condenar en costas al reclamante por tener motivos plausibles para litigar.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Oviedo quien estuvo por acoger la reclamación en virtud de las siguientes consideraciones:

1° La arquitectura del sistema de evaluación de impacto ambiental descansa sobre la base que el proponente de todo proyecto o actividad debe acompañar desde el inicio del procedimiento determinada información que la propia ley y su reglamento han definido como “contenidos mínimos”, sin los cuales la evaluación de dichos proyectos o actividades no puede prosperar, en la medida que dicha carencia de información impide conocer a

cabalidad los reales impactos que se generarán y, en consecuencia, determina la imposibilidad de identificar las medidas idóneas para hacerse cargo de los mismos.

2° La relevancia y esencialidad de la citada información, detallada en los art. 12 y 18 de la Ley N°19.300 y del RSEIA, respectivamente, determinó que el legislador de la Ley N°20.417, de 2010, modificatoria de la Ley antes citada, incorporara lo que en su momento se definió como evaluación ambiental en etapas tempranas, mediante lo dispuesto en los art. 15 bis y 18 bis, tratándose de EIA o DIA, respectivamente, buscando con ello terminar con aquella poco eficiente práctica la cual posibilitaba que durante la tramitación de un proyecto, por la vía de sucesivos ICSARA y ADENDAS –que por cierto hacían superar con creces los plazos legales de tramitación definidos por el legislador-, se terminaran aprobando proyectos o actividades deficientemente desarrollados en sus respectivos EIA o DIA, obligando con ello a la administración a revisar en reiteradas ocasiones informes y respuestas deficientes o incompletas que implicaban en los hechos una sobrecarga de trabajo a los distintos OAECA y al propio SEA, transformando derechamente en ineficiente y extremadamente lenta la evaluación de innumerables proyectos.

3° Las citadas normas incorporadas el año 2010 señalan que, si los EIA o DIA carecen de información relevante o esencial para su evaluación, que no pudiera ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, es decir, mediante el denominado Informe Consolidado de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones previsto en el art. 16 de la Ley citada, ello necesariamente debe reflejarse en la finalización del procedimiento. La regla procedimental dispone, asimismo, que, si dicha declaración no se produce dentro de los cuarenta o treinta días, según se trate de EIA o DIA, la evaluación ambiental debe necesariamente completarse llegando en consecuencia a la etapa de calificación.

4° En el caso de autos, si bien no se decretó oportunamente la citada falta de información relevante o esencial, llegando a término la evaluación, dicha circunstancia fue verificada y declarada por el propio Comité de Ministros en la correspondiente instancia recursiva en la medida que se constató la inexistencia de antecedentes de aquellos que el art. 18 del RSEIA define justamente como “contenidos mínimos” que deben cumplir los EIA en su presentación ante la autoridad ambiental.

5° Que entre los citados contenidos mínimos identificados en el art. 18 del RSEIA, se encuentran aquellos que dicen relación con la esencia y naturaleza predictiva del SEIA, tales como la descripción pormenorizada de aquellos efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley que dan origen a la necesidad de presentar un EIA, y el plan de medidas que se adoptarán para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos del proyecto o actividad referidos precedentemente.

6° De acuerdo a lo dispuesto en la parte final del art. 16 de la Ley, si el EIA cumple con la normativa de carácter ambiental, y se hace cargo de los efectos, características o circunstancias del art. 11, proponiendo medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas, será aprobado. Si no ocurre lo anterior, este debe ser rechazado.

7° Esta última definición, en caso de no haberse concluido el procedimiento en etapas tempranas, necesariamente debe adoptarse en la etapa de calificación ambiental del proyecto ante la respectiva Comisión de Evaluación, no siendo procedente en dicha etapa que se ordene allegar al proceso información mínima o de base para la evaluación ambiental. El principio conclusivo consagrado en la Ley N°19.880, junto con el principio del orden consecutivo legal obligan a la administración a pronunciarse en definitiva conforme al mérito de los antecedentes acompañados al proceso, encontrándose impedida en virtud del principio de juridicidad consagrado en el art. 7° de la Constitución Política de la República para disponer trámites o diligencias no contempladas en la ley como ocurre justamente con ocasión de las evaluaciones sucesivas y extemporáneas de proyectos o actividades que han ingresado al SEIA con información de base deficiente o derechamente inexistente.

8° A juicio de este disidente la resolución impugnada en autos no solo incurre en el vicio de Nulidad señalado precedentemente, en la medida que la autoridad se atribuye potestades que no detenta como ocurre en el caso de autos al ordenar retrotraer el proceso con el objeto que se complemente una información supuestamente susceptible de complementar, sino que es derechamente ilegal al colisionar con el texto expreso de los art. 2° letra i), 12 y 16 de la Ley N°19.300, y 18 y 41 del RSEIA, desde que en su propio razonamiento discurre sobre la base que la evaluación ambiental carece de contenidos mínimos exigidos por la Ley y el Reglamento, tal y como se desprende del numeral 9.3.5 de la resolución, relativo al riesgo para la salud de la población previsto en el literal a) del art. 11 de la Ley, específicamente en lo que dice relación con el riesgo para la salud de la población derivado del manejo de residuos del proyecto; numeral 10.3.2 relativo a efectos adversos significativos sobre recursos naturales previsto en el literal b) del art. 11 de la Ley, específicamente en lo que dice relación

con el acuífero subterráneo que se ubica en el área de playa en donde se realizará el proceso metalúrgico y será depositado el relave; numeral 11.2.3 relativo igualmente a efectos adversos significativos sobre recursos naturales previsto en el literal b) del art. 11 de la Ley, específicamente en lo que dice relación a la determinación y justificación del área de influencia del proyecto o actividad, al no incluir el medio marino en su área de influencia; y numeral 12.3.2 relativo al valor ambiental del territorio previsto en el literal d) del art. 11 de la Ley, específicamente en lo que dice relación con la falta de justificación de la eventual afectación del sitio prioritario Quebrada de Peralillo.

9° Que si bien este disidente comparte la doctrina sustentada por la Excma. Corte Suprema en orden a reconocer al Comité de Ministros un margen de potestades discrecionales amplias en materia de revisión de RCA, dicha discrecionalidad encuentra su límite en la propia estructura que la ley le ha dado al procedimiento de evaluación ambiental, el cual como ya se ha dicho, únicamente permite aclarar, rectificar o ampliar información acompañada oportunamente, mas no agregar tardíamente información mínima o de base de aquella que permite a la Administración hacer una correcta evaluación de impactos y sus consecuentes medidas.

10° Que, en virtud de lo razonado precedentemente, este ministro es de la opinión de acoger la reclamación de autos, y, en consecuencia, dejar sin efecto la resolución reclamada en aquella parte que ordena retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental, por ser ello improcedente.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Juan Opazo Lagos, y su disidencia su autor.

Rol N° R-44-2021

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano y Sr. Juan Opazo Lagos, este último subrogando legalmente. El Ministro Sr. Queirolo no firma por haber cesado en sus funciones.

Autoriza la Secretaria Abogada (S) del Tribunal, Sra. Marcela Godoy Flores.

En Antofagasta, a treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Sentencias 2021						
Reclamaciones						
Rol	Fecha de la sentencia	Región	Competencia (Art. 17)	Resultado	Estado	Palabras clave
R-40-2020 Gavina Hotel Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente	12/02/2021	Tarapacá	3	Rechaza	Sin presentación de recursos.	Procedimiento sancionatorio; norma de emisión de ruido; rebaja de sanción; circunstancias del art. 40 de la Ley N° 20.417
R-37-2020 ONG Atacama Limpia con Servicio de Evaluación Ambiental	06/04/2021	Atacama	6	Acoge	Sin presentación de recursos.	Evaluación ambiental; ingreso al SEIA; efectos sinérgicos; emisiones de ruido; fraccionamiento de proyecto; principio de participación ciudadana.
R-1-2017 Andes Iron SpA con Servicio de Evaluación Ambiental	16/04/2021	Coquimbo	5	Acoge	Con recursos de casación en la forma y en el fondo en tramitación	Evaluación ambiental; facultades del Comité de Ministros; valor compartido; medidas voluntarias; riesgos; participación ciudadana, áreas de exclusión.
R-38-2020 Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental	21/04/2021	Atacama	8	Acoge	Con recurso de casación en el fondo en tramitación	Invalidación administrativa; consulta indígena; susceptibilidad de afectación; art. 11 de la Ley N° 19.300; invalidación administrativa.
R-39-2020 Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental	12/07//2021	Tarapacá	8	Acoge	Causa desistida	Invalidación administrativa; línea de base del medio humano; riesgo; reuniones del art. 86 del RSEIA; fraccionamiento; consulta indígena.
R-41-2021 Asociación de Productores y Exportadores Agrícolas del Valle de Copiapó y otros con Superintendencia de Medio Ambiente	31/08/2021	Atacama	3	Rechaza	Con recurso de casación en el fondo en tramitación	Programa de cumplimiento; daño ambiental; criterios de integridad, eficacia y verificabilidad; elusión de responsabilidad.
R-42-2021 Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente	08/10/2021	Antofagasta	3	Acoge	Con recurso de casación en el fondo en tramitación	Programa de cumplimiento; criterios de integridad, eficacia y verificabilidad; emisiones atmosféricas; consulta indígena.
R-45-2021 Ilustre Municipalidad de Andacollo con Superintendencia del Medio Ambiente	27/10/2021	Coquimbo	3	Rechaza	Sin presentación de recursos.	Archivo de denuncia; elusión al SEIA; facultad de fiscalización y sanción de la SMA; principio conclusivo; principio de conservación del acto administrativo; principio de celeridad.
R-43-2021 Jacobo Abraham Ventura Svigilsky y otros con Superintendencia del Medio Ambiente	27/10/2021	Coquimbo	3	Rechaza	Con recurso de casación en el fondo en tramitación	Archivo de denuncia; facultad de fiscalización y sanción de la SMA; principio de conservación del acto administrativo; vigencia de las facultades fiscalizadoras de la SMA; deber de fiscalización; seriedad de la denuncia
R-44-2021 Manuel Cortés Alfaro con Servicio de Evaluación Ambiental	31/12/2021	Atacama	6	Rechaza	Con recurso de casación en el fondo en tramitación	Evaluación ambiental; evaluación temprana; facultades del comité de ministros; información relevante; término anticipado; discrecionalidad; debida consideración de observaciones.

