



Antofagasta, treinta de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

1. Consta que la Asociación Indígena Aymara de Coposa ("Asociación", "AIA de Coposa" o "reclamante"), inscrita bajo el N° 113 del Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena ("CONADI"), cuyo representante legal recae en la figura del presidente, el Sr. Wilson Challapa Choque, cédula nacional de identidad N° 15.990.221-8, representados a su vez por la abogada Sra. Carolina Ester Sagredo Guzmán, cédula nacional de identidad N° 17.158.060-9, todos domiciliados en Avenida La Pampa N° 3206, comuna de Alto Hospicio, Región de Tarapacá, interpusieron reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 26 de julio de 2019, en contra de la Resolución Exenta N° 12/D-095-2017 de fecha 16 de mayo de 2019 ("resolución reclamada", "Res. Ex.") que "Aprueba Programa de Cumplimiento y suspende procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi S.C.M.", emanada del Jefe de División de Sanción y Cumplimiento (S), de la Superintendencia de Medio Ambiente ("SMA", "Superintendencia" o "reclamada"), de conformidad al artículo 19 N° 3 de la Ley N° 20.600 de Tribunales Ambientales, y el artículo 56 de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), solicitando que se acoja en todas sus partes el recurso interpuesto, declarando que la resolución impugnada no se ajusta a la normativa vigente y en consecuencia:

- 1) Se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 12/D-095-2017 de fecha 16 de mayo de 2019 en los términos solicitados en la presentación y en definitiva se rechace el Programa de Cumplimiento "PDC" presentado por la empresa Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi ("CMDIC") decretando la continuación del proceso sancionatorio hasta su conclusión.
- 2) En subsidio de la petición precedente, que se ordene a la SMA modificar y complementar el plan de acciones y metas contenido en el PDC de la empresa minera Doña Inés de Collahuasi S.C.M., en orden a que: i) el Cargo N° 9 consistente en el descenso de nivel freático en Coposa Norte contemple como acción del PDC que la totalidad de la extracción de agua subterránea desde el Salar de Coposa sea sustituida por la implementación de una Planta desalinizadora, y que ii) las acciones del PDC respecto al Cargo N° 8 consistente en la falta de monitoreo continuo de la Laguna Jachucoposa sea específicamente consultado por la SMA a fin de asegurar la participación de la Asociación Aymara del Salar de Coposa.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado:

2. Antecedentes del proyecto asociado a la causa de autos.

El sector Collahuasi es un distrito minero ubicado en la comuna de Pica, Región de Tarapacá, y su explotación la realiza la CMDIC, la cual se dedica a la extracción y producción de concentrado y cátodos de cobre además de concentrado de molibdeno.



El primer proyecto de la CMDIC evaluado ambientalmente fue aprobado por Resolución Exenta N° 713, de 27 de diciembre de 1995, de la Comisión Regional de Medio Ambiente de Tarapacá ("RCA 713/1995"), y su objetivo era el desarrollo de tres yacimientos de cobre: Ujina, Rosario y Huinquintipa. En el proyecto se distinguen tres áreas: cordillera (mina, relave, extracción de agua, entre otros), mineroducto y puerto.

Posteriormente el referido proyecto, fue objeto de diversas evaluaciones ambientales, destacando para los efectos del caso de autos, el proyecto evaluado y aprobado por Resolución Exenta N° 167, de 13 de septiembre del 2001, de la Comisión Regional de Medio Ambiente de Tarapacá ("RCA 167/2001"), corresponde al Estudio de Impacto Ambiental denominado "Proyecto Expansión 110 ktpd Planta Concentradora Collahuasi", el cual tenía por objeto aumentar la producción de cobre de 60 a 110 kilotoneladas por día ("ktpd"), en el cual se solicitó aumentar el consumo de agua aprobado en 550 litros por segundo ("l/s") desde Coposa y Michincha a 947 l/s en promedio. A su vez, interesa mencionar la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto denominado "Traslado Puntos de Captación de Aguas Subterráneas en Cuenca Coposa", calificado favorablemente mediante la Resolución Exenta N° 144, de fecha 26 de octubre de 2006 ("RCA 144/2006"), que contempla extraer entre 300 l/s y hasta un máximo de 500 l/s en el nuevo conjunto de pozos a ubicarse en el sector noreste de la cuenca de Coposa, dependiendo de la capacidad de bombeo que arrojen los pozos una vez habilitados y probados. Esto permitirá reducir el caudal de agua extraída desde la batería de pozos ubicada en el sector de la Falla Pabellón.

3. Antecedentes del Procedimiento Administrativo Sancionatorio:

El Procedimiento Sancionatorio se inicia mediante la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-095-2017, de fecha 26 de diciembre de 2017, a raíz de diversas denuncias y fiscalizaciones realizadas por la SMA. Mediante dicho acto se formularon 14 cargos en contra de CMDIC.

Cabe mencionar que, de los 14 cargos formulados, resulta relevante traer a colación 3 cargos en particular, y que se relacionan con el objeto del juicio.

- Cargo N° 3: Monitoreos de avifauna no consideran el área del Salar de Coposa delimitada en la Figura N° 2.1 del Anexo A de la DIA "Traslado puntos de captación de Aguas Subterráneas en Cuenca Coposa".
- Cargo N° 8: Implementación de un sistema de monitoreo puntual del caudal de la vertiente Jachucoposa, que no permite dar cumplimiento al plan de mitigación permanente de dicha vertiente.
- Cargo N° 9: No modificar el régimen de explotación hídrica de la cuenca Salar Coposa, pese a manifestarse descensos del nivel freático mayores a los previstos en el modelo hidrogeológico acompañado en el Anexo C de la DIA "Proyecto Traslado Puntos de Captación de Aguas Subterráneas en Cuenca Coposa", ni presentar a la autoridad ambiental los antecedentes necesarios para determinar si el impacto ambiental que generará o presentará el proyecto se ajusta a las normas ambientales

vigentes considerando el escenario más desfavorable para el medio ambiente.

Posteriormente, previa ampliación de plazo por la SMA, con fecha 29 de enero de 2018, la empresa presentó un PDC, el cual después de una serie de observaciones planteadas por la SMA y de sus correspondientes versiones, presentadas por la CMDIC, se aprobó la versión final del PDC, mediante la Res. Ex. 12/Rol D-095- 2017.

En relación al PDC presentado por la CMDIC, es menester indicar las acciones propuestas para los cargos antes descritos, que son:

- Para el cargo N° 3, se propone:
 - a) Acción N° 6: Presentar a la SMA los términos de referencia del monitoreo de avifauna a implementar en el área de estudio de la RCA N° 144/2006, de acuerdo al alcance definido en la carta CONCOR 109/2007, de la COREMA de la Región de Tarapacá.
 - b) Acción N° 7: Ejecutar el monitoreo de avifauna, de acuerdo a los términos de referencia de la acción N° 6.
- Para el cargo N° 8, se propone:
 - a) Acción N° 30: Incrementar la frecuencia del monitoreo del caudal de la vertiente de Jachucoposa de 2 veces a la semana a 4 veces a la semana.
 - b) Acción N° 31: Instalar un sistema de medición continua en ambos vertederos de la vertiente Jachucoposa, a fin de medir temperatura, pH, conductividad eléctrica y caudal.
 - c) Acción N° 32: Puesta en servicio y operación del sistema de monitoreo continuo en la vertiente Jachucoposa.
- Para el cargo N° 9, se propone:
 - a) Acción N° 33: Reducir el caudal de extracción de aguas subterráneas autorizada por la RCA 144/2006 desde Coposa Norte, considerando el caudal promedio extraído durante los últimos 5 años.
 - b) Acción N° 34: Someter al SEIA el régimen de extracción de agua en la cuenca del Salar de Coposa, mediante la presentación de un EIA.
 - c) Acción N° 35: Obtener una resolución de calificación ambiental favorable para el proyecto ingresado al SEIA conforme a la acción precedente.
 - d) Acción N° 36: Reingreso al SEIA del EIA que modifica el régimen de extracción de agua en la cuenca del Salar de Coposa para obtención de RCA favorable.

A raíz de la aprobación del PDC por la SMA conforme al acto administrativo antes aludido, el reclamante interpuso el reclamo de autos.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:

4. 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 Asociación Indígena Aymara de Coposa, representada por la abogada Sra. Carolina Ester Sagredo Guzmán, interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 26 de julio de 2019, en contra de la Res. Ex. N° 12/D-095-2017 de fecha 16 de mayo de 2019 que "Aprueba Programa de Cumplimiento y suspende procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Compañía Minera doña Inés de Collahuasi S.C.M.", emanada del Jefe de División de Sanción y Cumplimiento (S), de la SMA, de conformidad al artículo 19 N°3 de la Ley 20.600 y el artículo 56 de la LOSMA, solicitando que se acoja en todas sus partes, declarando que la resolución impugnada no se ajusta a la normativa vigente y en consecuencia:

- 1) Se deje sin efecto la Res. Ex. N°12/D-095-2017 de fecha 16 de mayo de 2019 en los términos solicitados en la presentación y en definitiva se rechace el PDC presentado por la empresa CMDIC decretando la continuación del proceso sancionatorio hasta su conclusión.
- 2) En subsidio de la petición precedente, que se ordene a la Superintendencia modificar y complementar el plan de acciones y metas contenido en el Programa de cumplimiento de la CMDIC, en orden a que: i) el Cargo N°9 consistente en el descenso de nivel freático en Coposa Norte contemple como acción del PDC que la totalidad de la extracción de agua subterránea desde el Salar de Coposa sea sustituida por la implementación de una Planta desalinizadora y que ii) las acciones del PDC respecto al Cargo N°8 consistente en la falta de monitoreo continuo de la Laguna Jachucoposa sea específicamente consultado por la SMA a fin de asegurar la participación de la Asociación Aymara del Salar de Coposa.

A fs. 173, este 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. 174 y siguiente, la parte reclamante solicitó a este Tribunal tener presente las coordenadas para dar cumplimiento a la georreferenciación de causas dictada por este Tribunal mediante Sesión Ordinaria N° 14 bis, de fecha 14 de febrero de 2018. Además, en el otrosí de su presentación solicitó tener acompañado con citación el archivo digital que contiene la georreferenciación del Salar de Coposa.

A fs. 176 el Tribunal tuvo presente lo indicado y acompañado con citación el archivo digital referido.

A fs. 177 y siguientes, la SMA, representado por el Superintendente del Medio Ambiente (S), Sr. Rubén Verdugo Castillo, quien a la vez otorgó patrocinio y poder al abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto y poder a los abogados Sra. Pamela Torres Bustamante y Sr. Benjamín Muhr Altamirano, todos domiciliados en Teatinos N° 280, pisos 8, Santiago, solicitó la ampliación del plazo para evacuar su informe; a lo que el Tribunal accedió, además, de tener por conferido el patrocinio y por autorizado los poderes, por resolución de fs. 184.

A fs. 187 y siguientes, el abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto en representación de la SMA, evacua informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación, declarando que la Res. Ex. N°12/D-095-2017 de fecha 16 de mayo de 2019, 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.
2. CD que contiene hojas de cálculo en formato Excel, las cuales no pueden ser acompañadas en formato pdf sin variar su contenido fiel y original.
3. Certificado del Ministro de fe de la SMA, que acredita la autenticidad de las copias.

A fs. 28.413, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido y por acompañados los documentos antes señalados.

A fs. 28.415, el 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. 28.416, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 02 de octubre de 2019.

A fs. 28.417 y siguientes, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher, en representación de la CMDIC, ambos domiciliados para estos efectos en Badajoz N° 45, piso 8, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, solicitó al Tribunal tenerlo como tercero independiente y en subsidio, como tercero coadyuvante de la parte reclamada, acompañando en el acto documentos en la forma que señala y solicitando la reserva de la audiencia fijada en autos. A fs. 28.737 este Tribunal resolvió tener a la CMDIC como tercero coadyuvante de la parte reclamada, además de tener por acompañados los documentos y no dar lugar a la solicitud de reserva antes indicada.

A fs. 28.426 y siguientes, la empresa CMDIC solicitó al Tribunal tener presente ciertas consideraciones de hecho y de derecho al momento de resolver la reclamación interpuesta. A fs. 28.738 el Tribunal resolvió tenerlo presente.

A fs. 28.637 y siguientes, la abogado Sra. Carolina Sagredo Guzmán en representación de la reclamante, acompañó con citación documentos administrativos emanados de la Dirección General de Aguas y que fueron solicitados por la reclamante mediante el sistema de acceso a información pública. A fs. 28.739 el Tribunal lo tuvo por acompañados con citación.

A fs. 28.726 y siguientes, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher en representación del tercero coadyuvante de la parte reclamada, acompañó con citación solicitando se ordene su custodia y reserva, una serie de documentos relativos a convenios suscritos entre la comunidad reclamante y la CMDIC, en los cuales consta una cláusula de confidencialidad para terceros ajenos que no sean Tribunales o Autoridades Públicas. Además, en un otrosí de su presentación, solicitó la realización de una audiencia de percepción documental. A fs. 28.740 el Tribunal sólo tuvo por acompañados con citación los documentos y en virtud del artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil, citó a una audiencia de percepción documental para el día 07 de octubre de 2019.

A fs. 28.745, la abogado Sra. Carolina Sagredo Guzmán en representación de la reclamante, acompañó con citación un registro audiovisual denominado "Registro de llamada telefónica a Correos de Chile". A fs.



28.746 el Tribunal lo tuvo por acompañados con citación y decretó su custodia.

A fs. 28.935 y siguientes, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher en representación del tercero coadyuvante de la parte reclamada, acompañó con citación copia de la Res. Ex. N°144 de fecha 26 de octubre de 2006 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la I Región de Tarapacá que calificó ambientalmente favorable el proyecto denominado "Proyecto Traslado Puntos de Captación de Aguas Subterráneas en Cuenca Coposa" de titularidad CMDIC. A fs. 29.130 el Tribunal lo tuvo por acompañado con citación.

A fs. 28.948 y siguientes, la parte reclamante acompañó con citación una serie de documentos como medios de prueba, a lo que el Tribunal resolvió tenerlos acompañados con citación a fs. 29.131.

A fs. 29.132, consta que este Tribunal se constituyó el día 02 de octubre de 2019 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 rol R-25-2019 caratulada "Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente".

A fs. 29.133, se dejó constancia de los alegatos realizados por la parte reclamante, Sra. Carolina Sagredo Guzmán; la parte reclamada Sra. Pamela Torres Bustamante; y, del tercero coadyuvante de la parte reclamada Sr. Javier Vergara Fisher.

A fs. 29.134, consta que la causa queda en estudio ante el Primer Tribunal de Ambiental.

A fs. 29.135 y siguiente, el Tribunal decretó como medida para mejor resolver, atendido a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600, las siguientes:

1. La inspección personal del Tribunal en la zona del Salar de Coposa, ubicado en la Región de Tarapacá, Comuna de Pica y los sectores de la zona de emplazamiento del proyecto Minero CMDIC que el Tribunal considere necesario visitar, para los días 07, 08 y 09 de octubre del año en curso.
2. Remitir por parte del Servicio Agrícola y Ganadero "SAG", dentro del plazo de 3 días hábiles informe sobre los antecedentes del procedimiento sancionatorio iniciado en contra de la empresa por el desecamiento de la Laguna Jachucoposa, adjuntando las respectivas resoluciones que conformaron el expediente sancionatorio, sin perjuicio, de concurrir a la diligencia judicial con dicha información.
3. Remitir por parte de la Dirección General de Aguas "DGA", dentro del plazo de 3 días hábiles, los procedimientos seguidos en contra de la empresa, sin perjuicio de concurrir a la diligencia judicial con dicha información.
4. Asimismo, se solicita la colaboración técnica y humana necesaria para llevar a cabo la diligencia judicial decretada en autos, al SAG y a la DGA, ambas de la Región de Tarapacá; como a la CMDIC, en los aspectos logísticos que faciliten y apoyen la diligencia, más allá de participación como parte.

A fs. 29.137 y siguientes, el tercero coadyuvante de la reclamada observó los documentos acompañados por la parte reclamante a fs. 28.637 y siguientes, indicando, en síntesis, que ninguno de estos dice relación



con los hechos infraccionales sobre los cuales se presentan las acciones del PDC que los reclamantes cuestionan.

A fs. 29.143 y siguientes, el tercero coadyuvante de la reclamada observó los documentos acompañados por la reclamante a fs. 28.948 y siguientes, a fin de que dichas consideraciones se tengan presente al momento de resolver la reclamación de autos.

A fs. 29.152, este Tribunal resolvió tener presente ambas presentaciones anteriores.

A fs. 29.153 y siguientes, consta el acta de audiencia de percepción documental llevada a cabo el día 07 de octubre de 2019.

A fs. 29.158 y siguientes, el tercero coadyuvante de la reclamada nuevamente observó los documentos acompañados por la parte reclamante durante la audiencia de percepción documental.

A fs. 29.163 y siguientes, la parte reclamante presentó observaciones al documento electrónico acompañado por el tercero coadyuvante de la parte reclamada, durante la audiencia de percepción documental.

A fs. 29.169 y siguientes, el tercero coadyuvante de la reclamada solicitó al Tribunal tener presente que a partir de la vista de la causal llevada a cabo el día martes 2 de octubre de 2019, se encuentra cerrado el debate y no resulta posible presentar nuevas alegaciones o nuevos antecedentes luego de ella.

A fs. 29.170 el Tribunal resolvió tener presente todas las observaciones precedentes.

A fs. 29.171 y siguientes, el tercero coadyuvante de la parte reclamada, cumplió 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. 34.308, este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 34.309 y siguientes, consta que este Tribunal durante la inspección personal recibió por parte de la parte reclamante y la CMDIC, una serie de documentos.

A fs. 34.359 y siguiente, consta oficio de respuesta a la medida mejor resolver decretada en autos, por parte de la Dirección Regional del SAG, Región de Tarapacá. A fs. 34.361 este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 34.362 y siguientes, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher por el tercero coadyuvante formuló observaciones al set de fotografías acompañadas durante la actividad de inspección personal llevada a cabo por este Tribunal. A fs. 34.368 esta judicatura la tuvo presente.

A fs. 34.369, la parte reclamante interpuso recurso de reposición solicitando a este Tribunal se modifique la providencia a fs. 34.368 que tuvo presente las observaciones del tercero coadyuvante de la parte reclamada, declarando no ha lugar las observaciones presentas por improcedentes. A fs. 34.370 este Tribunal resolvió no ha lugar.

A fs. 34.371 y siguientes, consta el acta de la diligencia de inspección efectuada entre los días 07, 08 y 09 de octubre del año en curso.

A fs. 34.402, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal de Ambiental.

A fs. 34.403, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

A fs. 34.404, el abogado por el Tercero Coadyuvante presentó observaciones al acta de inspección personal del Tribunal, a lo cual el Tribunal, a fs. 34.414, las tuvo presente.

A fs. 34.410, la Abogado de la parte reclamante formuló distintas observaciones al acta de la inspección personal del Tribunal. A fs. 34.415, el Tribunal las tuvo presente.

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 eventual extemporaneidad en la presentación del recurso de reclamación.
- II. Sobre la eventual infracción del derecho de los pueblos indígenas a la participación y consulta indígena ante medidas administrativas que los afecten directamente.
- III. Sobre la eventual infracción por parte de la SMA de los criterios mínimos para la aprobación del PDC
 - a) El PDC no sería admisible por tratarse de un infractor con incumplimientos reiterados y graves a la normativa medio ambiental.
 - b) El PDC no es procedente porque las infracciones del titular han provocado daño ambiental en el Salar de Coposa.
 - c) El PDC no cumpliría con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.
 - d) El PDC de CMDIC busca eludir su responsabilidad ambiental.
- IV. Sobre la eventual infracción al estándar de motivación requerido en el artículo 41 de la ley N° 19.880.
- V. Sobre la eventual infracción al derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales presentes en su territorio tradicional.

I. Sobre la eventual extemporaneidad en la presentación del recurso de reclamación.

Segundo. Que, sobre este punto, el tercero coadyuvante, CMDIC, ha levantado la defensa referida a que la reclamación objeto de la causa de autos habría sido interpuesta fuera del plazo establecido al efecto, atendido que la resolución reclamada fue notificada por carta certificada conforme al artículo 46 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, habiendo estado siempre en conocimiento de la Asociación reclamante el procedimiento sancionatorio. Fundamenta su alegación, en el sentido que el PDC fue aprobado con fecha 16 de mayo de 2019 a través del acto reclamado, y enviada por carta certificada a los interesados con fecha 17 de mayo de 2019, y no con fecha 11 de junio del mismo año, como indica la parte reclamante, lo cual consta en el registro de seguimiento acompañado por esa parte. Del

referido registro, indica que se advierte que la carta certificada llegó a la oficina de correos de Chile del domicilio del reclamante, correspondiente al Centro de Distribución Postal de Alto Hospicio el día 20 de mayo de 2019, un mes y medio antes de que la Asociación concurriera a notificarse personalmente a la oficina Regional de la SMA en Iquique.

Tercero. Que, complementando la alegación, sostiene que respecto al supuesto error en el envío de la carta por lo cual no habría sido entregada en el domicilio del reclamante, no se precisaría en que consistiría éste, ya que el acto reclamado fue remitido al domicilio de la Asociación Indígena que figuraba en la denuncia por ella formulada, habiendo sido previamente notificada por carta certificada de otras resoluciones del procedimiento sancionatorio. Finaliza, indicando que la parte reclamante omite señalar que la carta certificada estuvo en las oficinas de correos de Alto Hospicio, durante más de un mes, y la devolución hacia Santiago, se debe a lo dispuesto en los artículos 13 número 3 y 23 del Decreto Supremo N° 395, de 1957, que establece que la carta sólo puede permanecer en la oficina de correos de destino durante 30 días, por lo que, una vez transcurrido este tiempo, debe ser devuelta.

Cuarto. Que, en base a lo anterior y otras consideraciones, sostiene que la parte reclamada fue notificada mediante carta certificada el día 23 de mayo de 2019, al haberse cumplido los presupuestos para esa forma de notificación, los cuales no habrían sido desvirtuados por la Asociación Indígena, ya que la notificación personal posterior no sería suficiente para quitarle validez a la notificación generada por la carta certificada, por lo que el plazo del artículo 56 de la LOSMA, habría vencido mucho antes del 26 de julio de 2019, siendo la acción completamente extemporánea.

Quinto. Que, sobre las notificaciones, se ha indicado que son "el medio de comunicación de actos administrativos por excelencia, por el que advierte al interesado acerca de su adopción y eficacia. La notificación recae sobre el texto íntegro de la resolución o acto de que se trate. Conforme a una regla prevista respecto del contenido de la resolución, pero más bien aplicable al acto de notificación, debe también darse noticia al interesado acerca de los medios de impugnación respectivos y su plazo de ejercicio (art. 41)"¹. Así las cosas, no existiendo en la ley N° 20.417 regla expresa y general sobre la notificación de las resoluciones que dicte la SMA, el artículo 62 de la LOSMA, establece que "En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la ley N° 19.880".

Sexto. Que, en esa línea, la ley N° 19.880, señala en su artículo 45 que: "Los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro (...)". Agrega el artículo 46, que "Las notificaciones se harán por escrito, mediante carta certificada dirigida al domicilio que el interesado hubiere designado en su primera presentación o con posterioridad. Las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda. Las notificaciones podrán hacerse en la oficina o servicio de la Administración, si el interesado se apersonare a recibirla, firmando en el expediente la debida recepción. Si el interesado

¹ Valdivia, José Miguel, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial Tirant Lo Blanc, año 2018, p. 268-269.

requiriere copia del acto o resolución que se le notifica, se le dará sin más trámite en el mismo momento”.

Séptimo. Que, respecto a esa normativa, la Excm. Corte Suprema ha indicado que “si bien el inciso 2° del artículo 46 establece una presunción, en cuyo mérito las “notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda”, la misma corresponde a una simplemente legal, esto es, se trata de una de aquellas que permiten “probar la no existencia del hecho que legalmente se presume”. Agrega, que “en la especie, la citada presunción trata de las notificaciones efectuadas por medio de carta certificada cuya fecha de entrega se desconoce, motivo por el cual el legislador establece, de manera previa y explícita, un modo objetivo de establecer el día en que se efectuó la notificación de que se trata, proceder con el que se pretende eliminar la incertidumbre derivada de tal desconocimiento, otorgando de este modo a las partes una mínima seguridad en torno a la contabilización de los plazos dentro de los que pueden ejercer sus derechos”. Finaliza el punto, señalada que “lo dicho demuestra entonces que, tratándose de una presunción simplemente legal, consagrada como consecuencia de la falta de certidumbre respecto de la fecha de entrega de la respectiva carta certificada, es posible desvirtuar dicho indicio legal demostrando que la citada misiva fue entregada en una fecha específica a una persona determinada” (Sentencia CS Rol N°7359-2018, considerando décimo sexto).

Octavo. Que, lo anterior, igualmente ha sido sostenido en la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República, la que refiriéndose a la presunción del artículo 46 de la ley N° 19.880, ha indicado que “[...]puede ser desvirtuada, pudiendo el interesado probar, aunque haya transcurrido el plazo que indica la ley, que la notificación realmente se ha efectuado en una fecha distinta” (Dictámenes N°s 21.210, de 2003, y 11.702, de 2006).

Noveno. Que, por su parte, la doctrina ha indicado que “dado que se trata de una presunción simplemente legal, el interesado podrá demostrar que el acto administrativo fue notificado efectivamente con posterioridad al tercer día, debiéndose considerar como fecha de notificación la del conocimiento efectivo”².

Décimo. Que, este Tribunal constata que la carta certificada con el N° de seguimiento 1180847603479, fue recibida por Correos de Chile sucursal Amunategui a las 01:44 PM del día 17 de mayo de 2019 y recibida en la oficina de Correos de Chile de Alto Hospicio CDP01, a las 09:11 AM del 20 de mayo de 2019, donde permaneció sin mayor trámite, siendo devuelta por la oficina el 27 de junio a las 04:21 PM, para finalmente ser entregada al remitente en Santiago CDP34 a las 12:14 PM del 04 de julio de 2019.

Undécimo. Que, del proceso de envío de la carta certificada consta que esta actuación se realizó a través de Correos de Chile, pero que sin embargo, se advierte que esta entidad no realizó actividad alguna tendiente a despachar o comunicar al interesado la existencia de la referida carta, lo que da cuenta de que materialmente la parte reclamante de autos se encontraba impedida de poder conocer la existencia del acto reclamado y su contenido, afectando, en

² Bermúdez Soto, Jorge, “Derecho Administrativo General”, Editorial Legal Publishing, año 2014, p. 209.

consecuencia, la posibilidad de recurrir del mismo.

Duodécimo. Que, por su parte, en el transcurso del procedimiento judicial, la reclamante muestra evidencia de no haber sido notificada materialmente y con ello, tener real acceso a la resolución reclamada y su contenido al momento de notificarse personalmente en la Oficina de la SMA de la Región de Tarapacá, como se evidencia en el Certificado de Notificación Personal de la SMA de fecha 04 de julio de 2019, firmada por la Fiscalizadora de la SMA Sra. Valeska Muñoz Torres, según consta en fs. 22.411 de la presente causa.

Decimotercero. Que, respecto a esta alegación, la reclamada al tiempo de remitir el informe solicitado en la causa, no alega dicha cuestión, aceptando la notificación personal de la Resolución Exenta N°12/D-095-2017, realizada al presidente de la AIA de Coposa Don Ignacio Challapa García, efectuada el día 04 de julio de 2019, a las 12:32 hrs en la oficina Regional de la SMA, ubicada en calle San Martín N° 255, Of.71, Edificio Empresarial, de la ciudad de Iquique, región de Tarapacá.

Decimocuarto. Que, para este Tribunal, la igualdad ante la Ley y la igualdad de armas procesales, hacen menester la actuación de buena fe de la parte reclamante, permitiéndole el derecho para acceder a la justicia ambiental y revisar los aspectos de hecho y derecho que la cuestión reclamada presenta, y habiendo demostrado con hechos concretos que desvirtúan la presunción del artículo 46 de la ley N° 19.880, se concluye que la fecha cierta de notificación de la reclamante fue el día 4 de julio del año 2019.

Decimoquinto. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos Sentenciadores, desestimarán esta alegación del tercero coadyuvante referida a la eventual extemporaneidad en la presentación del recurso de reclamación.

II. Sobre la eventual infracción del derecho de los pueblos indígenas a la participación y consulta indígena ante medidas administrativas que los afecten directamente.

Decimosexto. Que, sobre el punto, la parte reclamante a partir de lo estipulado en el Convenio N° 169, de la OIT, sostiene que la consulta indígena fue incorporada directamente a nuestro ordenamiento jurídico, cuya procedencia se determina caso a caso, en tanto se configuren copulativamente dos requisitos: i) Que existe una medida administrativa o legislativa; y, ii) Que dicha medida sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas siendo ésta la causal material de procedencia del derecho a consulta; requisitos que se configuran cabalmente en el caso de autos, respecto del acto reclamado.

Decimoséptimo. Que, sobre el primer requisito, la misma parte indica que la naturaleza jurídica del acto impugnado es la de un acto administrativo trámite cualificado, que indirectamente resuelve sobre el fondo del asunto y, por ende, se entiende que es una medida administrativa para los efectos de la aplicación del derecho a la consulta indígena previa. Lo anterior, ya que la interpretación auténtica dada por los propios órganos de la OIT es rotunda en cuanto a que se debe atender al fondo del acto jurídico de que se trate, que en este caso, se relaciona con la responsabilidad por vulneraciones de la normativa medio ambiental de una empresa extractiva de recursos hídricos desde un territorio indígena.

Decimoctavo. Que, asimismo la reclamante indica que también se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 7° inciso tercero del DS N°66, que orienta los casos en que surge el deber de los órganos de la Administración como es la SMA de consultar a las comunidades directamente afectadas por sus decisiones. Continúa señalando, que no depende de un detalle técnico, como el nombre que se le asigna a la decisión o instrumento en cuestión sea una manifestación de la voluntad de la administración del Estado, o autorice una actividad específica, razón por la cual la potestad administrativa emanada de la SMA serían medidas administrativas en los términos exigidos por el Convenio N° 169.

Decimonoveno. Que, en cuanto a que el acto impugnado es susceptible de afectar directamente a la Asociación reclamante, indica que la susceptibilidad de afectación directa está estrechamente relacionada con el concepto de "territorio" del pueblo indígena, de conformidad al artículo 13 del citado Convenio N° 169, de la OIT, independiente de los derechos que formalmente tengan reconocidos en el ordenamiento interno. Así, si un proyecto o medida determinada es susceptible de afectar un área utilizada por un pueblo indígena, éste deberá ser consultado, independientemente de si dicha área se encuentra o no formalmente titulada como "tierra indígena" de acuerdo al artículo 12 de la ley N° 19.253.

Vigésimo. Que, por su parte, la SMA indica, como primer aspecto, que teniendo la parte reclamante la calidad de interesada en el procedimiento sancionatorio, ésta no solicitó directamente, en ese procedimiento, que se iniciara un proceso de consulta indígena conforme al Convenio OIT N° 169.

Vigésimo primero. Que, en cuanto a la naturaleza del acto reclamado, indica que ésta es una resolución que se pronuncia sobre la aprobación de un PDC, que a su vez, suspende el procedimiento sancionatorio mientras se ejecuta el PDC, no poniendo término al referido procedimiento, por lo que se trataría de un acto trámite, de aquellos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo, por lo que no resulta procedente la consulta indígena.

Vigésimo segundo. Que, asimismo, además de encontrarse excluidos los actos trámite del proceso de consulta indígena, ésta no procede tampoco respecto de las medidas de ejecución material o jurídica, y el PDC por definición no pretende resolver sobre la conveniencia de una determinada medida o proyecto, sino que se trata de un instrumento que busca asegurar que un proyecto que ya fue aprobado ambientalmente, se ejecute en conformidad a los permisos que le fueron entregados. En este sentido, no se trata de una decisión que innove respecto de una obligación que fue previamente determinada, sino que busca ejecutarla.

Vigésimo tercero. Que, la SMA fundamenta igualmente la improcedencia de la consulta indígena respecto al acto reclamado, en la circunstancia que, si el acto administrativo que resuelve 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. Tal exclusión del acto sancionatorio, se debe a que se trata de un acto administrativo terminal que no produce un efecto material o jurídico directo, como los dictámenes. En esta categoría se encuentra especialmente las resoluciones que resuelven procedimientos sancionatorios, los cuales producen efectos respecto de

quienes son sometidos al procedimiento sancionatorio, es decir sobre quienes se impondrá la eventual sanción.

Vigésimo cuarto. Que, asimismo, indica que 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, no bastando 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 materia concreta en que dicho acto afectará "[...] el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, además de ser significativa."

Vigésimo quinto. Que, para finalizar la SMA, en relación a esta última circunstancia, la afectación significativa, sostiene que siendo el SEIA el sistema por antonomasia en el cual se ponderan los efectos ambientales de un proyecto o actividad, en el caso de otros actos administrativos debe tomarse como referente esa regulación. En efecto, no basta con afectaciones abstractas o impactos menores, sino que debe acreditarse que se trata de un impacto significativo específico, equivalente a aquellos mencionados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Vigésimo sexto. Que, este Tribunal, tiene a bien indicar que el artículo 18 de la Ley N° 19.880 define al procedimiento administrativo como: "[...] una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal". De cuya definición es posible distinguir entre actos trámites y actos terminales. La doctrina ha definido a los actos trámites como "aquellos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo"³. Mientras que los actos terminales o decisorios "son aquellos en los que radica la resolución administrativa, es decir, la decisión que pone fin al procedimiento"⁴.

Vigésimo séptimo. Que, estos sentenciadores entienden que la resolución mediante la cual se aprueba un PDC no puede equipararse a aquellos actos que tienen por objeto dar curso progresivo a un procedimiento pues sus efectos y alcances superan lo meramente procedimental. En este mismo sentido la doctrina ha señalado que "resulta recurrible el acto administrativo que bajo la aparente forma de acto trámite iniciador de un procedimiento o de impulso administrativo contiene en realidad una decisión administrativa sobre el fondo del asunto planteado"⁵. En otros términos, son actos que desbordan el mero carácter ordenador o preparatorio y que, por lo tanto, pueden y deben ser revisados judicialmente.

Vigésimo octavo. Que, en consecuencia, y en cuanto a la propia naturaleza de la resolución administrativa que aprueba el PDC de CMDIC, se ha estimado que se trata de un acto de trámite cualificado toda vez que resuelve sobre el fondo del asunto planteado y, eventualmente, podría llegar a producir una indefensión material y directa a la AIA de Coposa como reclamante de autos.

³ Bermúdez, Jorge, Derecho Administrativo General, Santiago, 3ª edición, 2014, p. 142

⁴ Ídem

⁵ Escuin, Vicente y Belando, Beatriz, Los Recursos Administrativos, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 73

Vigésimo noveno. Que, si bien la resolución que aprueba el PDC, en principio, busca reaccionar adecuadamente frente al incumplimiento de legalidad que ha tenido CMDIC, debiendo volver al estado de cumplimiento trazado en las RCA 167/2001 y 144/2006, lo cierto es que en la práctica deberá estarse a lo que caso a caso dispongan cada una de las acciones o medidas que componen el PDC. Por tanto, es posible que algunas de ellas innoven en determinados aspectos, en relación a lo aprobado por una RCA, incluyendo medidas que a la fecha están siendo evaluadas ambientalmente conforme lo presentado en el nuevo EIA "Desarrollo de Infraestructura y Mejoramiento de Capacidad Productiva de Collahuasi" por parte de CMDIC y que está actualmente en evaluación ambiental. En este caso, al conjugarse en el PDC aprobado por la SMA, medidas que efectivamente se limitan a cumplir con lo autorizado por la RCA, esto es, medidas de ejecución material o jurídica, con otras que en rigor persiguen innovar en el cumplimiento ambiental del proyecto en cuestión, el PDC no se configuraría únicamente como una medida de ejecución material o jurídica, sino que se erige como un acto administrativo de carácter complejo, esto es, en parte medida administrativa y en parte medida de ejecución material.

Trigésimo. Que, 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 sobre el derecho a la participación efectiva a que alude la reclamante, evidenciándose del expediente administrativo y judicial, la participación concreta de la Asociación, la cual ha estado presente en orden a las denuncias por incumplimiento de los compromisos ambientales por parte de CMDIC, en directa sintonía con el resguardo de su territorio de uso ancestral; 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.

Trigésimo primero. Que, de lo anterior se desprende que la AIA de Coposa es efectivamente tercera interesada respecto de los efectos que se puedan producir de la aprobación y cumplimiento finalmente del PDC aprobado; pero sin embargo, en dicho proceso no presentaron observaciones al PDC propuesto por CMDIC, y a su vez, no solicitaron en el proceso sancionatorio, la posibilidad de participación efectiva o incluso a Consulta Indígena, tema que será abordado en los considerandos posteriores.

Trigésimo segundo. 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.

Trigésimo tercero. 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 hablando de 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 de la afectación, la cual la va a volver idónea para incidir negativamente en dichos elementos.



Trigésimo cuarto. Que, asimismo en la LOSMA, no se contempla expresamente la Consulta Indígena, como sí ocurre en la Ley 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").

Trigésimo quinto. 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. [...]"

Trigésimo sexto. Que, asimismo 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."

Trigésimo séptimo. Que, 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.

Trigésimo octavo. 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"⁶.

Trigésimo noveno. Que, 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"⁷.

Cuadragésimo. Que, 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"⁸.

Cuadragésimo primero. 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,

⁶ Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo sancionador. Editorial Tecnos, España, 2005, p. 194.

⁷ Bermúdez, Jorge, Elementos para definir las sanciones administrativas, 1998, Revista Chilena de Derecho, número especial, p. 326.

⁸ Garrido, Fernando, Comentarios a la Constitución, 2001, 3ª Edición, Madrid, Civitas, p 1631.

considerando 17°; sentencia Excma. Corte Suprema Rol N° 62.128-2016, considerando decimo 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.

Cuadragésimo segundo. Que, 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 administrativo 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 AIA de Coposa no presentó observaciones concretas en el proceso de revisión y aprobación administrativa del PDC, ni tampoco solicitó la consulta indígena como tal.

Cuadragésimo tercero. 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.

Cuadragésimo cuarto. Que, 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.

Cuadragésimo quinto. Que, 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"⁹. En este sentido, una de las herramientas es la sanción y, las otras, los denominados incentivos de cumplimiento ambiental.

Cuadragésimo sexto. Que, así las cosas, para este Tribunal, resulta

⁹ Baldwin, Robert, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012, p. 227 y ss.

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 CMDIC y admita la intervención de terceros interesados como la AIA de Coposa, 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.

Cuadragésimo séptimo. Que, por consiguiente, en opinión de este Tribunal, 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.

Cuadragésimo octavo. 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. 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.

Cuadragésimo noveno. Que, 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, estos sentenciadores entienden que la aplicación razonable y armónica de la normativa, va en la vía de la improcedencia de su aplicación para el caso de autos, y conforme a ello, las alegaciones de la reclamante serán rechazadas.

III. Sobre la eventual infracción por parte de la SMA de los criterios mínimos para la aprobación del PDC.

a) El PDC no sería admisible por tratarse de un infractor con incumplimientos reiterados y graves a la normativa medio ambiental.

Quincuagésimo. Que, la parte reclamante sobre este punto señala que la SMA no ponderó en ninguna de las etapas de admisibilidad del PDC lo establecido en los literales a) y b) del artículo 6 del D.S. N° 30, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, configurándose un vicio de trascendencia en el procedimiento sancionatorio que incide en el acto terminal contenido en la resolución impugnada.

Quincuagésimo primero. Que, en un primer punto, fundamenta lo anterior en que la CMDIC fue objeto por parte de la Comisión Regional de Medio Ambiente de Tarapacá -COREMA-, de la aplicación de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales, como consecuencia de una infracción gravísima de no monitorear adecuadamente los caudales de la vertiente Jachucoposa, incumpliendo la RCA aprobada en el año 2001. En base a ello, indica que siendo el mismo bien jurídico protegido en ambos procedimientos sancionatorios, es irrelevante cuál es el organismo estatal que manifiesta la potestad sancionatoria, pues la SMA es la continuadora legal de la COREMA en el ejercicio de su competencia sancionatoria, previo a la creación de la SMA por la Ley N° 20.417. Lo anterior se confirmaría por la aplicación del artículo 40 letra e) de la LOSMA, que considera la conducta anterior del infractor como circunstancia para la determinación de la sanción aplicable.

Quincuagésimo segundo. Que, por otra parte, se señala que la COREMA mediante la Resolución Exenta N° 23, de fecha 7 de marzo de 2006, modificó de oficio la RCA N° 167/2001 de la CMDIC ante los graves impactos generados en el ecosistema de Coposa, y estableció condiciones de gradualidad en el cumplimiento que se subsumen claramente en la definición de un programa de gradualidad, de acuerdo al artículo 2 letra h) del antes aludido decreto.

Quincuagésimo tercero. Que, al respecto la SMA señala que la normativa establece que el impedimento para presentar programas de cumplimiento operará, siempre y cuando, el infractor hubiese sido sancionado por la SMA, por una infracción gravísima, entendiéndose por tales, aquellas indicadas en el artículo 36 N° 1 de la LOSMA. Así, es absolutamente relevante el cumplimiento de esos requisitos, ya que a través de ellos se pretende limitar una de las vías que entrega la ley para la presentación de un PDC. Esto último, es plenamente concordante con lo señalado por la reclamante respecto a la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, ya que la ley utiliza un enfoque restrictivo cuando se trata de la procedencia de los impedimentos para la presentación de un PDC, y un criterio amplio respecto de las circunstancias para la determinación de sanciones conforme al artículo 40 letra e) de la LOSMA.

Quincuagésimo cuarto. Que, asimismo, respecto a la supuesta gradualidad en el cumplimiento ordenado a través de la Res. Ex. N° 23 de 2006, antes citada, indica la SMA que esa alegación no tendría aplicación en esa sede, ya que existió una modificación de las obligaciones establecidas en la autorización ambiental de la CMDIC, lo que no puede considerarse precisamente un programa de gradualidad. Agrega, que no

se han presentado programas de gradualidad ante la SMA que permitan hacer aplicable el impedimento en cuestión, encontrándose, incluso, discutido en doctrina acerca del alcance de los mismos.

Quincuagésimo quinto. Que, para este Tribunal, se hace relevante revisar la regulación de los impedimentos en controversia contenidos en el artículo 42 de la LOSMA y en los literales a) y b) del artículo 6 del DS N° 30/2012 del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación; así como los artículos 36 N° 1 y 40 letra e), del referido cuerpo legal.

Quincuagésimo sexto. Que, al respecto, el artículo 42 inciso tercero de la LOSMA indica que "no podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 37".

Quincuagésimo séptimo. Que, a su vez, artículo 6 del DS N° 30/2012, indica que no podrán presentar programas de cumplimiento: a) "Los infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental" y b) "Los infractores que hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas".

Quincuagésimo octavo. Que, respecto del artículo 36 N° 1 de la LOSMA se indica que "Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: [...] g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo."

Quincuagésimo noveno. Que, a su vez, el artículo 37 de la LOSMA indica que "Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas".

Sexagésimo. Que, el artículo 40 referido al Párrafo 2° De las Sanciones de la LOSMA, indica que: "Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:", detallando en su literal e) "La conducta anterior del infractor.", situación en todo caso impedida para la SMA, toda vez que el proceso sancionatorio ha sido suspendido por los efectos de la presentación y posterior aprobación del PDC del titular, materia en discusión que será revisada en detalle en considerandos posteriores en la presente sentencia.

Sexagésimo primero. Que, sobre el sometimiento a un programa de gradualidad, el artículo 42 inciso 2° de la LOSMA establece que no podrán presentar programas de cumplimiento "aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental", y sobre los programas de gradualidad, el artículo 2° letra h) del DS N° 30/2013, establece que es la "modalidad de cumplimiento progresivo de exigencias establecidas en la normativa ambiental".

Sexagésimo segundo. Que, respecto a la conducta anterior del infractor, se ha indicado que "la aplicación de esta regla implica una

faz negativa, en cuanto apreciar si existió reiteración o reincidencia por parte del infractor. Y una faz positiva, en cuanto a las actuaciones destinadas a asegurar el cumplimiento y en general, la protección del medio ambiente”¹⁰.

Sexagésimo tercero. Que, asimismo, en cuanto a la aplicación del artículo 40 letra e), la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en Sentencia de Reemplazo dictada en la causa Rol N° 25.931-2014, señala que “[...] En cuanto a la primera alegación, ella no será acogida, toda vez que aunque la sanción no se haya aplicado por la SMA, lo fue por un organismo con competencia en materia ambiental por una infracción de esta naturaleza, y en cuanto a la segunda argumentación, para aplicar tanto una circunstancia agravante como una atenuante de responsabilidad relativa a la conducta anterior, no hay límite de tiempo” (Considerando primero).

Sexagésimo cuarto. Que, sobre la gradualidad, se ha indicado por la doctrina que “este instrumento de gestión ambiental, aparentemente, tiende a que la normativa ambiental pueda ser cumplida a lo largo de un cierto periodo de tiempo, adaptando las exigencias de cumplimiento sobre todo en plazos de adecuación de la conducta o actividad a la normativa. Sin embargo, no existe regulación del instrumento en ninguna otra parte de la legislación ambiental revisada. Por el momento, no existe un órgano de la Administración ambiental que cuente con potestad para aprobar tales programas, los que evidentemente implican una excepción en el cumplimiento de una norma que se incorpora. En la práctica, la gradualidad había sido aplicada como plazo de carencia de una normativa y no como parte de un programa”.¹¹

Sexagésimo quinto. Que, por otra parte, el profesor Soto Delgado indica que “en efecto, si la SMA está dotada de potestad para aprobar los programas de cumplimiento, la gradualidad puede ser considerada si no un instrumento independiente, al menos una modalidad de dichos programas. Bajo esta última posibilidad no cabe duda de que este instrumento está en el ámbito regulatorio de la SMA.”¹²

Sexagésimo sexto. Que, a su vez, se ha señalado que “hasta la fecha, se han identificado dos hipótesis de aplicación de esta definición: cuando gradualidad se ha establecido en la propia normativa y cuando el infractor se beneficia de otros instrumentos de gradualidad, con algunas similitudes al PDC, establecidos en normas diversas a la LOSMA.”¹³

Sexagésimo séptimo. Que, conforme a lo anteriormente expuesto, es posible advertir que la situación de CMDIC que la parte reclamante pretende aplicar, esto es, la existencia de una sanción de carácter ambiental previa, en los hechos no le resulta aplicable, en tanto la SMA comenzó su funcionamiento sancionatorio en diciembre del año 2012, mientras que los hechos imputados versan respecto a una fiscalización iniciada el año 2004, que finalizó a través de una resolución sancionatoria del año 2005, anterior a la entrada en vigencia de las

¹⁰ Bermúdez Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2° Edición, año 2015, p. 485.

¹¹ Bermúdez Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2° Edición, año 2015, p. 465.

¹² Soto Delgado, Pablo, Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental, Revista Ius et Praxis, año 22, N° 2, año 2016, p. 207.

¹³ Plumer Bodin, Marie Claude; Espinoza Galdámes, Ariel y Muhr Altamirano, Benjamín, Ibid. p. 215.

potestades de la SMA y que por lo demás no son retroactivas, no configurándose la hipótesis de la reclamante que haga improcedente la presentación de un PDC.

Sexagésimo octavo. Que, asimismo, es preciso aclarar que la entidad que aplicó la sanción invocada por la reclamante, es la COREMA de Tarapacá, la cual no puede ser equiparada para estos efectos a la SMA, ya que el impedimento establecido en los artículos 42 de la LOSMA y 6° del DS 30/2012, al ser una excepción, pasa a tener un carácter de taxativo y estricto, no pudiendo interpretarse en un sentido amplio y general, como pretende la parte reclamante.

Sexagésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, respecto del alcance que debe realizarse del impedimento en estudio, no resulta aplicable la interpretación que se ha dado respecto al artículo 40 letra e) de la LOSMA, ya que esta se refiere a los criterios de determinación de sanciones por parte de la SMA -etapa que no se ha verificado en el caso de autos-, criterio respecto del cual la Excma. Corte Suprema ha validado su interpretación amplia, sin límite de tiempo. Cuestión distinta, es la excepción de haber sido sancionado previamente por la SMA por infracciones gravísimas como impedimento para presentar un PDC, ya que este es un incentivo al cumplimiento ambiental por lo que no deben establecerse mayores limitaciones que aquellas establecidas en la LOSMA, específicamente, el artículo 42.

Septuagésimo. Que, de igual manera, estos sentenciadores, estiman que la aplicación de un programa de gradualidad, según el artículo 42 inciso 2° de la LOSMA y en relación al artículo 2° letra h) del DS N° 30/2013, no son asimilables, ni directamente aplicables al caso de autos, tanto por el hecho que la aplicación de esta nueva normativa sólo rige desde el año 2012 y los supuestos eventos de gradualidad que impuso la COREMA de Tarapacá a CMDIC versan según la Res. Ex. N° 23 del año 2006, existiendo una notable extemporaneidad en las situaciones, como a su vez, no sería menester que la SMA exigiera condiciones limitantes y de mayor carga aludiendo gradualidad, para restringir la presentación de un PDC como elemento de incentivo al cumplimiento ambiental.

Septuagésimo primero. Que, por tanto, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores, desestimarán la alegación referida a que el PDC no sería admisible por tratarse de un infractor con incumplimientos reiterados y graves a la normativa medio ambiental.

b) El PDC no es procedente porque las infracciones del titular han provocado daño ambiental en el Salar de Coposa.

Septuagésimo segundo. Que, la reclamante de autos indica que el PDC carece de los elementos que exige la normativa vigente para ser aprobado, ya que se refiere a infracciones que han causado efectos ambientales que han generado grave daño ambiental en el Salar de Coposa. Ante ello, señala que la Guía de la SMA para la presentación de PDC sostiene que no sería procedente éste en el caso de infracciones que hayan causado un daño ambiental, sea reparable o no, por existir en la misma LOSMA o en la Ley N° 19.300, "otros mecanismos jurídicos aplicables a infracciones que hayan ocasionado daño ambiental". Así, si se observan los elementos de los cargos N°s 3, 8 y 9 que fueron objeto de investigación desde los años 2013 a 2017 por la SMA, se puede observar que en todos, el titular descarta o subestima los efectos

negativos o daños derivados de la infracción a su permiso ambiental.

Septuagésimo tercero. Que, la SMA sostiene que ni la formulación de cargos, así como tampoco en el transcurso de la evaluación y aprobación del PDC de CMDIC, se constató la existencia de daño ambiental producto de las infracciones imputadas. En efecto, la afirmación realizada por la reclamante, respecto al supuesto reconocimiento por parte de la SMA, no sería efectiva, puesto que este órgano fiscalizador no habría imputado dicha circunstancia al momento de clasificar preliminarmente las infracciones. Por tanto, no podría realmente afirmarse que nos encontremos frente a una hipótesis en que el PDC es improcedente, dado que no se ha constatado el daño ambiental alegado en el presente procedimiento sancionatorio.

Septuagésimo cuarto. Que, respecto al Cargo N° 3, la actora sostiene que la información acompañada por la CMDIC en el Anexo 3 del PDC, es incompleta respecto a la cantidad de flamencos y otras especies de avifauna, no cumpliendo con la metodología mínima de un monitoreo de esa clase de especies. Lo anterior se agrava porque en el sector de Coposa Norte se ubica el espejo de agua de Coposito el cual desde hace algunos años se ha desecado y que también es hábitat de numerosas especies de avifauna, lo que plantea una incertidumbre aceptable sobre la salud ecosistémica de los sectores donde se concentra la extracción de recursos hídricos para la planta concentradora de la CMDIC.

Septuagésimo quinto. Que, sobre el punto, la SMA señala que la reclamante no explica cuál debería ser a su juicio la metodología "adecuada" para descartar los efectos negativos, e indica que el análisis de efectos del cargo en cuestión, se basó en la evaluación de especies de avifauna observadas en el Salar de Coposa, comparando el periodo previo a la aprobación del proyecto mediante la RCA 144/2006 y el periodo posterior, concluyendo que se produce un incremento de la riqueza de especies posterior a la operación del proyecto, lo que implica que no se derivan efectos negativos de la infracción N° 3.

Septuagésimo sexto. Que, agrega en este punto, que la reclamante, en ningún momento, realizó las observaciones que aquí se plantean luego de la formulación de cargos ni durante todo el período de evaluación y análisis del PDC. Señala que la reclamante es interesada en el procedimiento administrativo Rol D-095-2017, sin embargo, afirma la SMA, habiendo sido notificada de todas las actuaciones del procedimiento, nunca presentó ninguna observación a las distintas versiones del PDC presentado por CMDIC ni tampoco a las observaciones realizadas por la SMA.

Septuagésimo séptimo. Que, en el caso del Cargo N° 8, la Asociación reclamante indica que el descenso de la laguna de por sí es un impacto cultural irreparable pues el humedal es el centro de la vida en Coposa, tanto de la biodiversidad que la habita como de los miembros de la Asociación, pues la vertiente proveía de agua tanto para beber como para los piños de llamas. A lo anterior, se suma que la empresa habría intervenido el lugar que es un manantial sagrado para la cosmovisión Aymara, invadiendo con numerosas tuberías e instrumentos luego de la instalación de la medida de mitigación de inyección del caudal artificial.

Septuagésimo octavo. Que, además se ha afectado la seguridad alimentaria de los miembros de la Asociación de Coposa, ya que la calidad del agua se ha visto modificada con el vertedero artificial que

proviene desde Falla Pabellón, por lo que la contaminación de las aguas de la vertiente ha provocado enfermedades en los miembros de la asociación quienes han dejado de beber el agua de aquella.

Septuagésimo noveno. Que, por último, indica que la CMDIC ha intervenido el nacimiento de la vertiente Jachucoposa con una serie de tuberías que están dispuestas por todo el subsuelo del afloramiento natural, sin que se hayan considerados los efectos negativos derivados de un monitoreo adecuado de la vertiente, ya que la disposición actual no permite saber con certeza cuáles son las salidas de agua artificial y cuál es el caudal natural de la vertiente.

Octogésimo. Que, sobre este punto, la SMA indica que la reclamante estaría cuestionando la evaluación ambiental, que llevó a la dictación de la RCA 167/2001, sin embargo, esta no sería la sede para hacerlo. Reitera el Órgano Fiscalizador la circunstancia que no imputó en ningún momento la generación de un daño ambiental, por lo que es evidente que tampoco se cuestionó la presentación del PDC desde esa óptica, ni por la SMA ni por la empresa, ni tampoco por la reclamante, que detenta el carácter de interesada en el procedimiento sancionatorio.

Octogésimo primero. Que, tratándose del cargo N° 9, la reclamante sostiene que se habría infringido el principio precautorio, al dar inicio a la extracción de Coposa Norte luego de la autorización de la RCA 144/2006, sin dar aviso ni cooperar debidamente con la autoridad ambiental sino hasta la etapa final del proceso sancionatorio en que reconoce la incertidumbre de su modelo hidrogeológico.

Octogésimo segundo. Que, asimismo, esa parte alude al pronunciamiento de la DGA, en que se pronunció respecto a los informes de seguimiento ambiental de la CMDIC, en el que señala que se aprecian descensos sostenidos desde el inicio de las operaciones de Collahuasi, es decir, desde junio de 2006, y que tales descensos son más profundos que lo previsto en el modelo hidrogeológico.

Octogésimo tercero. Que, agrega la reclamante sobre el punto, que la aprobación del PDC recae sobre graves hechos que la propia SMA reconoce han provocado un daño ambiental, desde el momento en que la empresa no modificó su régimen de extracción de agua subterránea por el descenso más allá de lo previsto, lo que ocurrió como mínimo el año 2012.

Octogésimo cuarto. Que, finaliza señalando que la resolución impugnada yerra al valorar la disposición de la empresa en reconocer las falencias del modelo hidrogeológico con el fin de proponer acciones destinadas a hacerse cargo de los efectos ambientales vinculados a la infracción, lo que vulnera el principio de objetividad que debe observar la SMA en sus actuaciones.

Octogésimo quinto. Que, por su parte, la SMA señala que la infracción fue clasificada preliminarmente como grave, pero no por la generación de daño ambiental, sino en virtud de la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, es decir, que incumpla gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA. Además, en esta sede el actor no puede impugnar la RCA, ni exigir proceder a su modificación.

Octogésimo sexto. Que, en ese mismo orden de ideas, la SMA indica, que efectivamente se reconoció la situación de incertidumbre en la cual se han observado descensos del nivel freático mayores a los proyectados,

sin que sea posible determinar a ciencia cierta cuáles son las causas y su importancia relativa, y en particular, cuál es su relación con el bombeo realizado en Coposa Norte. Así, ello no implica que en esa sede se puede cuestionar la RCA 144/2006, ni que se exija a la SMA proceder a su modificación, como la incertidumbre aludida tampoco implica la imputación indirecta de la generación de daño ambiental.

Octogésimo séptimo. Que, por último, sobre la supuesta infracción al principio de objetividad por parte de la SMA, al reconocer falencias del modelo hidrogeológico y la posterior aprobación del PDC, deben ser rechazadas por dos razones principalmente: a) La procedencia de un PDC requiere el inicio de un procedimiento sancionatorio, que a su vez, implica la imputación de infracciones de competencia de esta SMA, por lo que es una contradicción afirmar que por reconocer la comisión de infracciones, el titular se encuentre impedido de presentar un PDC o la autoridad restringida de aprobarlo; y, b) Ni el procedimiento sancionatorio ni la reclamación de autos constituyen vías idóneas para impugnar lo determinado en sede de evaluación ambiental.

Octogésimo octavo. Que, este Tribunal, estima pertinente en primer lugar despejar si no resulta procedente admitir un programa de cumplimiento en los casos que se hayan formulado cargos por eventuales infracciones que hayan producido daño ambiental, conforme al artículo 36 de la LOSMA.

Octogésimo noveno. Que, para el análisis de la presente controversia este Tribunal, estima relevante revisar la doctrina y jurisprudencia del caso, la que se presenta a continuación.

Nonagésimo. Que, al respecto, se ha indicado que "a pesar de los criterios e interpretaciones que la SMA vaya fijando en cada caso, actualmente la regulación vigente no prohíbe de forma expresa la presentación de programas de cumplimiento en casos de daño ambiental, aún cuando la naturaleza de los programas de cumplimiento no contempla la reparación del ambiente dañado. Ante esta situación, dada la naturaleza de dichas herramientas, existen mayores incentivos para que el infractor opte por presentar un programa de cumplimiento, el cual de ser exitoso evitará la imposición de una sanción, en vez de continuar con el procedimiento y presentar un plan de reparación una vez determinada la sanción. La lógica es simple: siempre será preferible evitar la imposición de una sanción".¹⁴ Estos autores agregan, que "es la propia ley la que ha determinado otro instrumento para proceder a la reparación del daño ambiental en la sede administrativa, conforme a lo señalado en el artículo 43 de la LO-SMA".

Nonagésimo primero. Que, en relación al punto en cuestión, el 2TA en la sentencia dictada en la causa R-116-2016, ha sostenido en su considerando vigésimo tercero que "a juicio del Tribunal y tal como lo ha señalado en sentencia Rol R N° 51-2014, "[...] es manifiesta la diferencia que tiene, desde el punto de vista de sus efectos, el daño ambiental como requisito para la clasificación de las infracciones dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, respecto al que tiene como presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental. En este último caso, y de concurrir los demás elementos de la citada responsabilidad, se genera la obligación del demandado de reparar el daño. De ahí, que, en este procedimiento, se contemple una extensa

¹⁴ Dussaubat, Jean Paul, Daño ambiental y el fracaso de la reparación voluntario: diagnóstico y propuestas, Revista de Derecho Ambiental, año IV N° 6 (2016), p. 200).

etapa probatoria, con elementos de oralidad e inmediación, que está directamente destinada a que las partes discutan latamente acerca de la existencia del daño ambiental y los otros elementos de la responsabilidad, lo que no es reproducible en el procedimiento administrativo sancionatorio, ni en sede de reclamación judicial (Considerando septuagésimo séptimo)".

Nonagésimo segundo. Que, agrega el referido fallo, que "en consecuencia, la utilización del daño ambiental como elemento de clasificación de las infracciones en sede administrativa no se relaciona directamente con la acreditación de éste en el procedimiento de daño ambiental. Así, la aprobación de un programa de cumplimiento no impide que, paralelamente, se persiga la responsabilidad mediante la acción de reparación de daño ambiental, ni tampoco configura un elemento necesariamente vinculante para dicho procedimiento. Por estas razones, la pretensión de la reclamante a este respecto será desestimada" (Considerando vigésimo cuarto).

Nonagésimo tercero. Que, conforme a lo anteriormente expuesto, estos sentenciadores estiman que no es razonable aumentar las exigencias establecidas en la LOSMA para la procedencia de un PDC, no correspondiendo a la SMA limitar el acceso a un incentivo al cumplimiento ambiental como lo es el PDC, cuyos impedimentos ya se encuentran establecidos expresamente en LOSMA, por lo que la "Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento" no puede establecer más limitaciones que las establecidas por el Legislador.

Nonagésimo cuarto. Que, precisado lo anterior, este Tribunal, estima del todo razonable indicar que los cargos imputados a CMDIC respecto a sus respectivas RCA, no son un impedimento para presentar un PDC, toda vez, que la misma LOSMA y su Reglamento, dan la facultad al titular de presentar su respectivo programa de cumplimiento y que será la SMA, en su análisis de forma y fondo, la facultada para definir su aprobación o rechazo, conforme lo establecido en los artículos 42 de la LOSMA y 6° y 9° del DS N° 30/2012.

Nonagésimo quinto. Que, este Tribunal, verifica del expediente administrativo sancionatorio, que la reclamante, pese a ser interesada en el procedimiento administrativo Rol D-095-2017, no realizó observaciones referidas en específico al supuesto daño ambiental que plantea luego de la formulación de los cargos, ni tampoco durante el período de evaluación y análisis del PDC.

Nonagésimo sexto. Que, asimismo, de la revisión de la Res. Ex. N° 1/D-095-2017, de fecha 26 de diciembre de 2017, que formula cargos a CMDIC, no se evidencia que los cargos N°s. 3, 8 y 9, se hayan clasificado preliminarmente de acuerdo al literal a) de los números 1 y 2, del artículo 36 de la LOSMA, no resultando atendible lo alegado por la reclamante en este punto.

Nonagésimo séptimo. Que, por otro lado, este Tribunal razona que no es factible imputar el supuesto daño ambiental de CMDIC, en la discusión del PDC ante la SMA como lo es el caso de autos; y que si la reclamante buscare la reparación del medio ambiente dañado en función del artículo 53 de la Ley 19.300, correspondería solicitarla bajo el artículo 17 número 2° de la Ley N° 20.600, sobre Tribunales Ambientales.

Nonagésimo octavo. Que, este Tribunal, evidencia que la reclamante no ha perdido el derecho y la factibilidad de presentar una demanda para la reparación del medio ambiente dañado en forma autónoma y no

necesariamente vinculante a la discusión del PDC, ya que se trata de elementos de hecho y derecho que son distintos, así como su tratamiento procedimental judicial.

Nonagésimo noveno. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores, rechazarán las alegaciones de la reclamante referidas a que el PDC no sería procedente porque las infracciones del titular han provocado daño ambiental en el Salar de Coposa.

c) El PDC no cumpliría con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.

Centésimo. Que, sobre esta alegación la parte reclamante fundamenta la ilegalidad de la resolución aprobatoria del PDC a la CMDIC, respecto de tres cargos, a saber, los cargos N°s. 3, 8 y 9, conforme al artículo 9° del DS N° 30, de 2012, citado.

Centésimo primero. Que, respecto al cargo N° 3 y las acciones propuestas, la reclamante sostiene que la SMA no realizó ninguna observación respecto de los términos de referencia presentados por la empresa, existiendo un periodo de doce años en que en un sector importante del Salar de Coposa, no fue monitoreado debidamente uno de los principales objetos de conservación del territorio de la Asociación, como lo son las aves que habitan el Salar.

Centésimo segundo. Que, destaca el actor que, de acuerdo a la Estrategia Regional para la Biodiversidad de la Región de Tarapacá, el Salar de Coposa es un sitio prioritario para la biodiversidad por representar un ecosistema altoandino de importante representación, siendo reconocido en dicho documento que el objeto de protección de la biodiversidad característica de este ecosistema son los flamencos y avifauna local presionada por la extracción de agua subterránea.

Centésimo tercero. Que, finalmente, junto con cuestionar la responsabilidad de los organismos con competencia ambiental de fiscalizar los planes de seguimiento ambiental de fauna presentados por los titulares de proyectos, señala que de la naturaleza de la infracción de CMDIC no es procedente que las acciones y metas propuestas reúnan los requisitos de eficacia e integridad de un PDC, en tanto, la falta de monitoreo de avifauna de 12 años del polígono de 13.409 hectáreas no es admisible que sea subsanada por un compromiso que opera sólo para el futuro y que es absolutamente insuficiente para que el titular se ajuste al cumplimiento.

Centésimo cuarto. Que, por su parte, en relación al cargo en cuestión, la SMA sostiene que el objetivo del PDC es volver al cumplimiento de la normativa ambiental infringida, haciéndose cargo de los efectos negativos de las infracciones imputadas, por lo que las alegaciones de la reclamante no tienen asidero. Así, se indica que cuando se trata de monitoreos, el cumplimiento es siempre hacia el futuro, ya que no se puede retrotraer una situación de hecho que debía haberse verificado, cuestión que se compensa con la consideración de los efectos negativos en el peor escenario, no existiendo impedimento expreso para lo anterior, por lo que se entiende que el derecho de la parte de presentar un PDC prevalece. Además, la reclamante no indica como es que las acciones propuestas por el titular son insuficientes para ajustarse al cumplimiento, cuando la obligación infringida es realizar monitoreos y el titular propone precisamente realizarlos,

habiendo comenzado a realizarlos el año 2018, previo a la aprobación del PDC.

Centésimo quinto. Que, en relación a la generación de efectos negativos derivados de la infracción en comento, a partir del anexo 3 del PDC "Análisis y estimación de efectos ambientales Cargo N°3", la SMA concluye que se produce un incremento de la riqueza de especies en el periodo posterior a la operación del proyecto lo que indica que no se derivaron efectos de la infracción N°3.

Centésimo sexto. Que, respecto a las acciones propuestas, el Órgano Fiscalizador concluyó que las medidas debían asegurar que el área señalada en el anexo A de la DIA del proyecto "Traslado puntos de captación aguas subterráneas en cuenca coposa", sería monitoreada adecuadamente. En efecto, la acción N° 6, relativa a los términos de referencia, es un acción ejecutada por la CMDIC, que establece la metodología, frecuencia y puntos de monitoreo, para hacer el seguimiento de especies de avifauna en el perímetro comprometido en la evaluación ambiental del proyecto aprobado mediante la RCA 144/2006, comenzando a realizarse a partir de febrero de 2018 los monitoreos en el área señalada de acuerdo a los términos de referencia, que no fueron objeto de observación alguna en el marco del procedimiento sancionatorio que actualmente se encuentra suspendido.

Centésimo séptimo. Que, en consecuencia, la SMA estima que la CMDIC incorporó acciones eficaces para retornar a un estado de cumplimiento ambiental respecto a la normativa infringida, por lo que los incumplimientos imputados en la formulación de cargos, en especial, los de monitoreos, buscan ser subsanados en el PDC hacia el futuro, en tanto es imposible volver en el tiempo para realizarlos. Lo anterior, guarda concordancia con lo dispuesto en la LOSMA respecto de la presentación del PDC, dado que se trata de una alternativa disponible para el infractor, para que mediante el uso de sus propios recursos y mediante la propuesta de un plan de acciones y metas, revisado a la luz de rigurosos criterios legales y reglamentarios, retorne al cumplimiento de sus obligaciones ambientales.

Centésimo octavo. Que, en lo concerniente al cargo N° 8, antes descrito, se indica por la Asociación reclamante que las acciones N°s. 30, 31 y 32 del PDC en su conjunto afectan directamente los derechos de acceso al agua de los recurrentes, pues se trata de obras que intervienen la Vertiente Jachucoposa como principal fuente de agua tanto para consumo humano como para el sustento de los animales de pastoreo, además, de ser un lugar de significación cultural para los comuneros de Coposa.

Centésimo noveno. Que, señala que lo anterior habría sido implícitamente reconocido por parte de la SMA, en la letra f) del resuelvo I de la resolución reclamada, que establece como medida de corrección de oficio que "durante la ejecución de la acción, se permitirá en todo momento el paso de las aguas del caudal de la vertiente Jachucoposa, asegurando que éstas no modificarán el régimen de escurrimiento ni suponen riesgo para la población", medida que resulta insuficiente para asegurar la participación de la asociación como pueblo indígena directamente afectado por las acciones propuestas por la empresa en su PDC.

Centésimo décimo. Que, la reclamante agrega, que resulta incomprensible que después de 18 años, se permita que se inicie el

cumplimiento asumido en la RCA 167/2001, consistente en medir el caudal de la vertiente de forma continua, sin ninguna consecuencia adversa para un infractor que previamente ha provocado un daño irreversible en la Vertiente Jachucoposa, como objeto de protección.

Centésimo undécimo. Que, en definitiva, sostiene que la falta de integridad y de eficacia se refleja en que la SMA deposite nuevamente la responsabilidad de monitorear las variables ambientales relevantes, como son los recursos hídricos, en el infractor, ya que, de su historial de irregularidades ha quedado demostrado que los incentivos de CMDIC están contrapuestos, por un lado, en reiteradas oportunidades se ha comprometido a dar cumplimiento a las RCA, y por otro, ha incurrido en múltiples infracciones para no ver perjudicada la operación de su proyecto, aunque ello signifique el deterioro al ecosistema del territorio indígena del Salar de Coposa. En efecto, las medidas previstas en el PDC para la gravedad que revisten los hechos del cargo N° 8, no son eficaces, integrales ni verificables para restablecer el estado de cumplimiento de las obligaciones de monitoreo en la vertiente Jachucoposa.

Centésimo duodécimo. Que, por su parte, la SMA respecto de la disposición de oficio indicada en la letra f) del resuelvo I del acto reclamado, señala que no es posible entender la alegación de la parte reclamante, ya que, por una parte, debidamente notificada de las actuaciones del procedimiento sancionatorio no hizo valer sus observaciones como interesada y, por otra, la referida cláusula actúa como una prohibición de obstruir el paso de las aguas del caudal de la vertiente Jachucoposa, derivándose la obligación positiva de asegurar que no se modificará el régimen de escurrimiento ni se generará riesgo para la población.

Centésimo decimotercero. Que, en lo que se refiere a los efectos negativos generados por la infracción, a partir del anexo 8 del PDC que contiene el informe denominado "Análisis y estimación de efectos ambientales", la SMA estimó como suficiente tal información para descartar efectos sobre la Laguna Jachucoposa, principalmente, teniendo en consideración que el caudal total de la misma no ha disminuido más allá del umbral de 45 l/s, tal como se estableció en la evaluación ambiental respectiva, y considerando que el caudal natural, actualmente presenta una tendencia al aumento.

Centésimo decimocuarto. Que, agrega la SMA, en cuanto a las acciones propuestas por la CMDIC, que se propuso una acción que actualmente está en ejecución, y dos acciones principales por ejecutar. Respecto a la primera, "incrementar la frecuencia del monitoreo del caudal de la vertiente de Jachucoposa de 2 veces a la semana a 4 veces a la semana", la cual se inició el 6 de marzo de 2018. Respecto a esa acción, indica que si bien no es suficiente para volver a un estado de cumplimiento ambiental, constituye una solución provisoria que permite mejorar el monitoreo en el periodo anterior a la implementación de un sistema definitivo, complementándose con las demás acciones propuestas.

Centésimo decimoquinto. Que, en ese orden de ideas, las acciones N°s. 31 y 32, están destinadas a la construcción y posterior operación de un sistema de monitoreo continuo, que de acuerdo a lo indicado en el PDC refundido, permitirá medir el caudal medio diario en base a mediciones horarias. Por consiguiente, las acciones serían capaces de asegurar el retorno al cumplimiento de las obligaciones ambientales del proyecto.

Centésimo decimosexto. Que, la SMA señala que a partir de lo anterior, deben rechazarse las alegaciones respecto a la falta de integridad y eficacia de las acciones del PDC presentado por CMDIC, así como lo relativo a que "... muy probablemente el titular nuevamente coloque los esfuerzos mínimos necesarios en las acciones comprometidas en el PDC", ya que es un supuesto que la SMA no tiene por qué presumir ante la presentación de un PDC, y en caso de incumplimiento, cobra aplicación el inciso 5° del artículo 42 de la LOSMA.

Centésimo decimoséptimo. Que, respecto al cargo N° 9 antes descrito, la parte reclamante señala que los descensos ocurridos en los pozos de Coposa Norte son impactos ambientales que no fueron previstos en el modelo hidrogeológico y que consideran que deben ser revisados de oficio por la autoridad ambiental de conformidad al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, siendo el reproche más grave, el no haber modificado CMDIC el régimen de explotación hídrica o haber activado los correspondientes planes de alerta temprana que permitieran tomar medidas que previnieran un mayor descenso en los pozos de Coposa Norte.

Centésimo decimoctavo. Que, en cuanto a las acciones N°s. 34 y 35 propuestas para la infracción en análisis, indica que previo a la aprobación del PDC reclamado, la CMDIC ingresó a SEIA, con fecha 7 de enero de 2019, un estudio de impacto ambiental denominado "Desarrollo de infraestructura y mejoramiento de Capacidad Productiva de Collahuasi", que aumenta la producción de 170 a 210 ktpd y su intención de extender la extracción de agua subterránea en el Salar de Coposa hasta el año 2041. En base a ello, la Asociación Indígena señala que las acciones dicen relación con asegurar la continuidad operacional de la empresa hasta el año 2041, no siendo acciones que busquen directamente el cumplimiento medio ambiental derivado de las infracciones por el descenso del nivel freático en el territorio de la comunidad.

Centésimo decimonoveno. Que, además la Asociación indica, que la exigencia de un nuevo modelo hidrogeológico como acción del PDC no es razonable atendido a que se trata de un titular que en dos oportunidades ha presentado modelos hidrogeológicos, con modelos de predicción estrepitosamente fallidos, lo que significa redundar en una medida que la CMDIC ha demostrado con creces no ser capaz de implementar de forma eficiente, no siendo las acciones propuestas, eficientes ni íntegras en atención a la entidad de la infracción acreditada en el proceso sancionatorio.

Centésimo vigésimo. Que, respecto a la acción N° 33 propuesta para el cargo cuestionado, relativa al cambio del régimen de extracción de aguas subterráneas, se indica que es poco eficaz en el cumplimiento de la normativa ambiental vigente, ya que la disminución del bombeo desde Coposa Norte provocará mayor presión en la extracción en otros sectores de la cuenca como Coposa Sur, Zona Falla Pabellón o Portezuelo.

Centésimo vigésimo primero. Que, finaliza la alegación la reclamante, indicando que los daños ambientales provocados por CMDIC en Coposa Norte no han sido objeto de ningún análisis en el proceso sancionatorio aun cuando existe la posibilidad que dicho acuífero también se encuentre conectado con la laguna Jachucoposa u otras manifestaciones de agua superficiales que han sido ancestralmente utilizadas por la Asociación de Coposa en el desarrollo de su cultura pastoril. Lo anterior, se agrava ya que el acto reclamado carece de todo pronunciamiento de parte de los organismos ambientales competentes



como la DGA, SAG y la CONADI para analizar el cumplimiento de los criterios legales de las acciones propuestas.

Centésimo vigésimo segundo. Que, en efecto, la SMA respecto a la falta de pronunciamiento de otros organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental en relación a las acciones del PDC, ha indicado que no existe obligación al respecto de acuerdo a la LOSMA, siendo una facultad exclusiva de la SMA dentro de la esfera de discrecionalidad y en el cumplimiento de la ley y los requisitos reglamentarios.

Centésimo vigésimo tercero. Que, en cuanto a la verificación de efectos derivados del cargo en comento, y de acuerdo a la información existente, la SMA concluyó que los efectos de la infracción se pueden asociar a los descensos del nivel de aguas subterráneas más allá de lo proyectado en el peor escenario evaluado. Asimismo, se pueden asociar a afectaciones al caudal de la vertiente y el sistema de la laguna de Jachucoposa, los que se habrían verificado desde el momento en que la empresa no modificó su régimen de explotación hídrica, pese a haberse verificado descensos mayores a los proyectados en el peor escenario posible.

Centésimo vigésimo cuarto. Que, así las cosas, la SMA afirma que llega a la convicción de que el PDC ha reconocido los efectos derivado del cargo N° 9 en cuanto al descenso de los niveles en el sector del salar. Asimismo, ha efectuado los análisis necesarios para poder acreditarlos, pese a las limitaciones respecto del modelo hidrogeológico presentado en la evaluación ambiental del proyecto, las cuales impiden determinar a ciencia cierta las causas de dichos descensos que resultaron mayores a los proyectados en el peor escenario evaluado. Adicionalmente, se acredita en el PDC que, en relación a la vertiente y la laguna Jachucoposa, no existen efectos derivados de la infracción, con lo que es posible acotar los efectos adversos del incumplimiento a los descensos de niveles freáticos.

Centésimo vigésimo quinto. Que, respecto a las medidas propuestas, indica que si las acciones N°s 34 y 35 se ejecutan en los términos señalados en el PDC y, en definitiva, se obtiene una resolución de calificación ambiental favorable, la empresa retornaría a un estado de cumplimiento ambiental respecto de la obligación que se infringió, cumpliéndose, por tanto, el objetivo de todo PDC, que es volver al cumplimiento de las obligaciones ambientales cuya infracción se imputó en la formulación de cargos. Respecto a la acción N° 33, permite contener los efectos de la infracción en el periodo que media entre la notificación de la presente resolución y la obtención de una RCA favorable de acuerdo a las acciones precedentes.

Centésimo vigésimo sexto. Que, en consecuencia, la SMA sostiene que las propuestas del PDC permiten sostener razonablemente que la empresa desarrollará diligencias destinadas a volver al cumplimiento de la normativa ambiental infringida, así como también para contener y reducir los efectos sobre el medio ambiente que han sido reconocidos en relación al cargo N° 9.

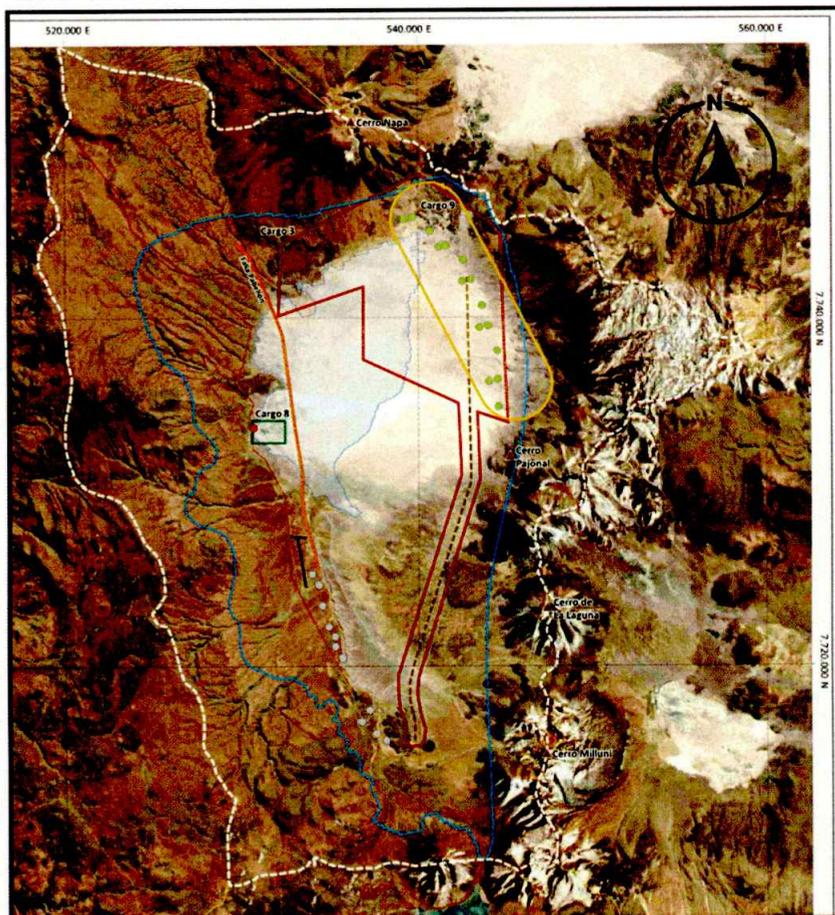
Centésimo vigésimo séptimo. Que, este Tribunal estima del todo necesario presentar un plano para efectos ilustrativos y de comprensión territorial de los 3 cargos y las cuestiones de fondo asociados a ellos, como la dimensión global del territorio cuenca Salar de Coposa y el sector de la Vertiente de Jachucoposa, como se indica la imagen

siguiente:



CARTA BASE CARGOS SECTOR COLLAHUASI
Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con
Superintendencia del Medio Ambiente

CAUSA ASOCIADA
R-25-2019



Cargo N° 3



Cargo N° 8



Cargo N° 9



Fuente: Elaboración propia en base a Expediente Administrativo y Judicial, causa R-25-2019

Centésimo vigésimo octavo. Que, para este Tribunal, 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 9° del DS N° 30/2012, en relación a artículo 42 de la ley N° 20.417, y que a continuación se pasan a detallar.

Centésimo vigésimo noveno. Que, 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. Como también, en específico, el artículo 9° del DS N° 30, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, 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".

Centésimo trigésimo. Qué, 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 FDC¹⁵ y, aquella que comprende cada cargo en particular. En esta última dimensión, se entiende que debe considerar tanto las acciones y metas para asumir el hecho infraccional como sus efectos, ambas dimensiones, han sido confirmadas por los Tribunales Ambientales".¹⁶

Agregan los mismos autores, 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 9 del DS N° 30 de 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".

Centésimo trigésimo primero. Que, este Tribunal estima del todo necesario, revisar la jurisprudencia respecto de la materia en discusión.

Centésimo trigésimo segundo. Que, en este sentido, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, señala en causa Rol R-75-2015 "Compañía Minera Nevada SpA en contra de la 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

¹⁵ FDC = Formulación de Cargos.

¹⁶ 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.

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 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."

Centésimo trigésimo tercero. Que, por su lado, la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-153-2017 "Velozo Rencoret, Hugo Rafael y otros / 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'."

Centésimo trigésimo cuarto. Que, además, la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-163-2017 "López Aránguiz, David Marcial en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente", determinó:

"Decimocuarto. Que, el primero de ellos, es el denominado criterio de integridad, establecido en el artículo 9° letra a) del D.S. N° 30/2013, en los siguientes términos: 'Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido, y sus efectos', debiendo el infractor hacerse cargo de todas las transgresiones incluidas en la formulación de cargos, que sean compatibles con la presentación de un PdC.

Decimoquinto. Que, el segundo criterio es el criterio de eficacia, establecido en el artículo 9° letra b) del Reglamento ya citado, de la siguiente forma: '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'. Por tanto, el infractor no sólo tiene una obligación de volver al cumplimiento ambiental, sino que, conjuntamente con ello, debe hacerse cargo de los efectos de las infracciones cometidas, ya sea para contenerlos, reducirlos o eliminarlos, según sea el caso. Lo anterior, es concordante con lo prescrito en el artículo 7° letra b) del mismo Reglamento, que exige como uno de los contenidos mínimos de un PdC: '[...] las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento'.

Decimosexto. Que, el tercero de ellos, es el criterio de verificabilidad, establecido en el artículo 9° letra c) del D.S. N° 30/2013 referido, en los siguientes términos, 'Las acciones y metas del

programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento'. Para acreditar su cumplimiento, el ente fiscalizador deberá observar el plan de seguimiento, y los demás instrumentos e indicadores contenidos en el artículo 7° letra c) del mismo Reglamento."

Centésimo trigésimo quinto. Que, por último, la Sentencia del mismo Tribunal, causa Rol R-132-2016 "León Cabrera, Andrés Alejandro en contra de la 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."

Centésimo trigésimo sexto. Que, este Tribunal, a la luz de los antecedentes del expediente administrativo y judicial, y la inspección personal del Tribunal en la zona de la cuenca del Salar de Coposa; en relación a la aplicación de los criterios de aprobación del PDC según el artículo 9 del DS N° 30/2012 para el cargo N° 3, esto es "Monitoreos de avifauna no considera el área del Salar de Coposa delimitada en la Figura N° 2.1. del Anexo A de la DIA 'Traslado puntos de captación de Aguas Subterráneas en Cuenca Coposa'", ha podido constatar:

Centésimo trigésimo séptimo. Que, respecto del criterio de Integridad la propuesta de CMDIC, si bien el anexo 3 del PDC refundido, aborda la infracción, esta no evidencia razonablemente el descarte de los efectos del incumplimiento por falta de monitoreo de avifauna, tras 12 años continuos de infracción, como se pasará a detallar.

Centésimo trigésimo octavo. Que, no se evidencia de la presentación de los antecedentes del PDC y el posterior análisis de la SMA para su aprobación, que se hayan dado respuesta razonable a exigencias básicas de monitoreo, seguimiento y reportabilidad de los compromisos ambientales de las RCA vigentes para el proyecto a la fecha, para el objeto de protección "Avifauna", en una superficie de 13.409 ha de la Cuenca del Salar de Coposa, y en particular para una especie carismática y en categoría de conservación, según el Ministerio de Medio Ambiente como lo es el flamenco.

Centésimo trigésimo noveno. Que, es importante indicar, que en la cuenca del Salar de Coposa conviven en diferentes sistemas lagunares, principalmente el de Jachucoposa y Michincha, las tres especies de flamencos que habitan en Chile, a saber: el flamenco chileno (*Phoenicopterus chilensis*), la Parina grande o flamenco andino (*Phoenicoparrus andinus*) y la parina chica (*Phoenicoparrus jamesi*). Las tres especies ha sido identificadas en la cuenca de Coposa, siendo la parina grande y chica las que se encuentran en categoría de conservación "Vulnerable". Lo anterior, de acuerdo al listado de clasificación de especies de Chile en Estado de Conservación disponible por parte del Ministerio del Medio Ambiente.

Centésimo cuadragésimo. Que, el informe justificativo para descartar efectos (Anexo 3), no hace mención o centra su análisis en lo que



significó la falta de "data" en el área que debía haber sido prospectada. Tampoco el informe técnico da cuenta de una caracterización o discusión, en orden a establecer similitudes y/o diferencias significativas de las condiciones ambientales de la zona no monitoreada y la que se utiliza como punto de comparación. Lo anterior, en orden a demostrar una similitud de ecosistemas y descartar fundadamente "efectos".

Centésimo cuadragésimo primero. Que, el enfoque del compromiso ambiental de la RCA 144/2006 sobre la materia, estipulaba la extensión del monitoreo de avifauna (considerando 6.4.), en el entendido de que ciertas obras asociadas a la materialización del proyecto (traslado de puntos de captación de aguas subterráneas), tales como el tendido eléctrico e infraestructura propia de los puntos de extracción de aguas subterráneas, pudiese generar efectos sobre la avifauna. En tal sentido, el informe justificativo (Anexo 3) no aborda tal situación con el suficiente rigor científico que permita descartar "efectos" sobre el objeto de protección ambiental.

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, respecto de lo razonado por el titular, en orden a entender que el compromiso adquirido mediante el considerando 6.4 de la RCA 144/2006 solo dice relación con la especie flamenco, trayendo a colación la carta CON-COR N° 109 de fecha 16 de mayo de 2007 de la CONAMA Región de Tarapacá, a juicio de estos sentenciadores resulta a lo menos un contrasentido respecto del verdadero alcance del monitoreo comprometido. Esto último, según se desprende del expediente de evaluación ambiental del proyecto en comento. En dicha carta, se hace referencia a que tal resolución quedó consignada en el acta de la sesión N° 10-2006 de la COREMA Región de Tarapacá. Sin embargo, teniendo a la vista dicha acta estos sentenciadores no visualizan que en esa instancia se haya resuelto limitar el monitoreo de avifauna al conteo de flamencos. Cosa distinta es entender que el "énfasis" pudiese estar puesto en la especie en cuestión.

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, la anterior situación queda despejada por el mismo titular quien como acción N° 6 del PDC presenta a la SMA los términos de referencia del monitoreo de avifauna, más allá del alcance definido en la carta CON-COR N° 109/2007. Esto último fue evidenciado en los "objetivos" del documento presentado a la SMA denominado "Términos de Referencia Plan de Seguimiento de Avifauna" de enero del año 2018.

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que, por lo tanto este Tribunal, respecto del anexo 3 del PDC refundido, así como las acciones y metas planteadas, evidencian una carencia de sustento y rigor científico para responder a cuestiones razonables y básicas de carácter de conservación y gestión de la biodiversidad, como por ejemplo: ¿Cuál fue el comportamiento de la avifauna en el área de influencia del proyecto, ya sea en su etapa de construcción como de operación?, ¿existían dinámicas migratorias y de tránsito en la zona de monitoreo?, ¿existían cuerpos de agua, afloramientos o zonas de humedales desde o hacia donde se trasladaba la avifauna en estudio y que pudieron ser afectadas por el proyecto?, ¿Cuál fue la dinámica multitemporal de riquezas y abundancia en el área de influencia del proyecto?, etc. Todas estas interrogantes básicas de un seguimiento ambiental de avifauna en una

zona declarada como sitio prioritario para la conservación¹⁷ por el Estado de Chile, y en un área reconocida por su interacción con la población indígena Aymara de Coposa.

Centésimo cuadragésimo quinto. Que, respecto del criterio de Eficacia, se evidencia que las acciones N°s 6 y 7 del PDC refundido, y que fueron elaborados por la misma consultora "Centro de Ecología Aplicada Ltda" que realizó el estudio que descarta los efectos del incumplimiento ambiental; no aseguran el volver al cumplimiento de la normativa infringida; ni contienen, reducen o eliminan los efectos de los hechos que constituyen la infracción de falta de monitoreo y seguimiento ambiental, ya que no hay suficiente evidencia científica en la presentación de CMDIC a través del informe "Análisis y estimación de Efectos Ambientales Cargo N° 3", careciendo del suficiente rigor y sustento de la dinámica multitemporal de riquezas y abundancias de las especies y su ecosistema comprometido en el monitoreo en la RCA 144/2006.

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, para estos sentenciadores, a lo menos es reprochable esta conducta para CMDIC, por no advertir en un periodo extremadamente prolongado (12 años) la inobservancia de sus compromisos ambientales sobre el hecho particular de efectuar el monitoreo de avifauna en los términos establecidos en la RCA 144/2006. De la misma manera para la SMA quien en las conclusiones (hecho constatado N° 9) del informe de fiscalización del año 2013 (DFZ-2013-842-I-RCA-IA), advierte inconsistencias en el monitoreo y en su reportabilidad. Posteriormente, en las conclusiones (hecho constatado N° 18) derivadas del informe de fiscalización del año 2016 (DFZ-2016-832-I-RCA-IA) la SMA da cuenta nuevamente de inconsistencias en el monitoreo comprometido mediante la RCA 144/2006.

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que, así las cosas, no fue hasta el año 2017, donde se da inicio por parte de la SMA al procedimiento sancionatorio (Res. Ex. N° 1/Rol D-095-2017) y se formula para este caso en específico el Cargo N° 3. Lo anterior da cuenta de un accionar no oportuno por parte de la SMA, dejando el bien jurídico a proteger en un estatus de no cumplimiento, si no hasta la presentación y aprobación del presente PDC.

Centésimo cuadragésimo octavo. Que, en este orden de ideas, debió haber existido por parte de la SMA un accionar más oportuno y diligente con los organismos técnicos especializados (SAG y/o CONAF), que permitan en etapas tempranas visualizar hechos de gran relevancia ambiental que están siendo contravenidos con lo comprometido en la licencia ambiental respecto de la afectación a la biodiversidad de la cuenca del Salar de Coposa.

Centésimo cuadragésimo noveno. Que, para estos sentenciadores, no es plausible que habiendo constatado el hecho infraccional el año 2013, luego refrendado el 2016 y recién el 2018, como consecuencia de la presentación del PDC se materialicen acciones concretas para el debido resguardo del bien jurídico a proteger. A todas luces, existió una excesiva pasividad por parte de la SMA quien debió de formular cargos en una etapa mucho más temprana.

Centésimo quincuagésimo. Que, de lo anterior, se deriva una carencia

¹⁷ Ministerio de Medio Ambiente. Chile. Diagnostico Estado y Tendencias de la Biodiversidad: Región de Tarapacá, en <https://biodiversidad.mma.gob.cl/avance-actualizacion-erb-tarapaca/>

de rigor y sustento científico para la aseveración del titular y la SMA respecto a que "solo con que actualmente exista abundancia de flamencos, no hubo afectación de la biodiversidad en la cuenca del Salar de Coposa", elementos de base de la propuesta metodológica que pretende volver al cumplimiento, sin tener mayores antecedentes científicos de las dinámicas de la avifauna en el lapso de más de una década de incumplimiento.

Centésimo quincuagésimo primero. Que, respecto del criterio de Verificabilidad, estos sentenciadores, y dados los análisis de los anteriores criterios, también estiman que la aprobación del PDC en este aspecto, no cumple un estándar básico, ya que carece de los mecanismos y metodologías idóneas y pertinentes para asegurar la acreditación del cumplimiento futuro por parte de CMDIC, lo cual va mucho más allá del mero reporte de riqueza y abundancia de flamencos, si no de un seguimiento y análisis sistémico y sistemático de la información de biodiversidad asociada a la avifauna en el ecosistema de la cuenca del Salar de Coposa y sus sistemas lagunares.

Centésimo quincuagésimo segundo. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores estiman que las medidas asociadas al cargo N° 3, no cumple con el estándar de exigencia de Integridad, Eficacia y Verificabilidad.

Centésimo quincuagésimo tercero. Que, este Tribunal, analizado la aplicación de los criterios de aprobación del PDC según el artículo 9 del DS N° 30/2012 para el cargo N° 8, esto es "Implementación de un sistema de monitoreo puntual del caudal de la vertiente Jachucoposa, que no permite dar cumplimiento al plan de mitigación permanente de dicha vertiente.", advierte lo siguiente:

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que, respecto del criterio de Integridad la propuesta de CMDIC, si bien el anexo N° 8 del PDC refundido, aborda la infracción, y da cuenta que en general el caudal total de la misma no ha disminuido más allá del umbral de 45 l/s, presenta serias deficiencias que se pasan a detallar.

Centésimo quincuagésimo quinto. Que, a este Tribunal, le llama profundamente la atención, que el titular y la SMA, esgrima en función del "Informe de Análisis y Estimación de Efectos Ambientales del cargo N° 8", elaborado por la empresa ECOS, según el anexo 8 del PDC refundido, y que sólo recoge la data disponible entre los años 2014 y 2017, que respecto de la forma de implementación de la medida de mitigación entre la exigida por la RCA 167/2001 y la efectivamente implementada por CMDIC, en referencia a los caudales de inyección en la vertiente de Jachucoposa y cuerpos lagunares asociados, "no concurren efectos como consecuencia del hecho infraccional", habiendo clara evidencia de intervención en la vertiente y los cuerpos lagunares, como también en el sistema vegetal aledaño a la vertiente y sus cuerpos lagunares, que son zonas de pastoreo del ganado de la Asociación, hechos constatados por este Tribunal en la inspección personal de autos.

Centésimo quincuagésimo sexto. Que, para este Tribunal y sobre el mismo punto, llama razonablemente la atención, que la SMA se haya apoyado sólo en un informe elaborado por el mandante (ECOS) de la empresa con una data restringida de 2014 al 2017 y nada se haya dicho respecto de los potenciales efectos de un incumplimiento sostenido y permanente desde la construcción y operación de las obras el año 2001 (RCA 167/2001), o al menos desde el comienzo de las funciones

fiscalizadoras de la SMA el año 2012 en adelante, lo cual genera un gran vacío de información y una evidente incertidumbre respecto de los posibles efectos puntuales y acumulativos en la vertiente Jachucoposa, los cuerpos lagunares y zonas vegetales de pastoreos asociados.

Centésimo quincuagésimo séptimo. Que, para este Tribunal, es evidente que el sistema planteado por el titular y aprobado por la SMA, sigue siendo un sistema de medición discreto y no continuo con los sensores apropiados, como se exige en la RCA 167/2001, lo que impide realizar los análisis y proyección de inyección de agua con mayor nivel de detalle y precisión, cuestión básica que debe suplirse con la mayor diligencia posible, ya sea de manera conceptual y en lo posible con alguna medida provisional y transitoria si fuera el caso, asegurando una protección básica del ecosistema de la vertiente, cuerpos lagunares y zonas de pastoreo en Jachucoposa, todos ellos interconectados y que funcionan como un sistema ecológico de altísimo valor ambiental y cultural.

Centésimo quincuagésimo octavo. Que, para estos sentenciadores, un punto de alta relevancia respecto de la medida de mitigación de reinyección de aguas en la vertiente de Jachucoposa, es lo concerniente a la calidad de las aguas de reinyección como lo exige la RCA 167/2001 en su Adenda N° 1, que señala "reponer el caudal de la vertiente con aguas de similar constitución química", tema no analizado y ponderado, tanto por el titular en la presentación del PDC, como por la SMA en su aprobación.

Centésimo quincuagésimo noveno. Que, adicionalmente se evidencia una falta de información, contradicciones y evidente incertidumbre, sobre las fuentes y calidad de las aguas de reinyección hacia la vertiente de Jachucoposa, ya que según la reclamante lo plasmado en el PDC y en el nuevo EIA¹⁸ se indica que las aguas se extraerán desde los pozos CWP-14 y CWE-35 de Falla de Pabellón, mientras que en los hechos el agua es extraída de pozos de los sectores Falla Pabellón, Coposa Sur y Portezuelo, según lo informó la propia CMDIC en la inspección personal de este Tribunal, de donde los sectores Coposa Sur y Portezuelo se reconoce calidades de agua más duras con mayor concentración de arsénico y otros metales, que no se condicen con las calidades de agua que requiere y se exigen en la RCA como medida de mitigación para la vertiente de Jachucoposa.

Centésimo sexagésimo. Que, de hecho, se evidencia que el Capítulo 1 sobre Descripción del Proyecto del EIA "Desarrollo de infraestructura y mejoramiento de capacidad reproductiva de Collahuasi", se señala que hay dos pozos en falla Pabellón (CWE-35 y CWP-14). El primero, con derechos por 15 L/s, alimenta el sistema de agua potable de los campamentos Pabellón del Inca y Pioneros. Por otro lado, el agua del otro pozo (CWP-14), con derechos por 20 L/s, es utilizada para abastecer la medida de mitigación vigente que restituye aguas en la vertiente Jachucoposa (Res. Ex. N° 167/2001); de donde aparece la razonable duda e incertidumbre, sobre el complemento del volumen y calidades de agua de reinyección necesarios para mantener en todo momento al menos los caudales básicos de 45 L/s según lo establece la RCA antes indicada.

Centésimo sexagésimo primero. Que, a mayor abundamiento se evidencia que el titular no ha presentado un plano o esquema gráfico y visible respecto de la distribución del sistema de tuberías y de

¹⁸ EIA de CMDIC. Desarrollo de infraestructura y mejoramiento de capacidad reproductiva de Collahuasi.

reinyección de aguas en la vertiente Jachucoposa, cuestión del todo básica en un proyecto hidráulico, más aun en una esfera de compromiso de mitigación ambiental y sobre el cual la SMA razonablemente debería haber exigido y evaluado; lo que dificulta el tener claridad y certeza técnica-ingenieril por donde y cuáles serían los aportes naturales de agua en la vertiente, respectos de los que corresponden a la medida de mitigación comprometida.

Centésimo sexagésimo segundo. Que, respecto del criterio de Eficacia, si bien la compañía propuso una medida en ejecución (desde marzo de 2018), consistente en aumentar la frecuencia del monitoreo del caudal de la vertiente de Jachucoposa, es la propia SMA, quien reconoce que "no es suficiente para volver al estado de cumplimiento", y que más bien "constituye una solución provisoria que permite mejorar el monitoreo en el periodo anterior a la implementación del sistema definitivo", situación que afecta crucialmente el criterio de Eficacia, ello al margen de las demás acciones N°s 31 y 32 propuestas, que deben esperar la aprobación sectorial de la DGA.

Centésimo sexagésimo tercero. Que, estas mismas acciones (N°s 31 y 32) consistentes en primer lugar en "instalar un sistema de medición continuo en ambos vertederos de la vertiente de Jachucoposa, a fin de medir Temperatura, pH, Conductividad Eléctrica y Caudal", y luego "Puesto en servicio y operación del sistema de monitoreo continuo en la vertiente de Jachucoposa", respectivamente, a este Tribunal le merecen razonables dudas, en orden a si los parámetros a medir dan la seguridad suficiente para recoger información sustancial de la calidad química de las aguas, en particular la presencia de metales pesados, que pudieran afectar seriamente la calidad de las aguas de la vertiente y a su vez, la flora, fauna y ganado andino asociada a ella y sus cuerpos lagunares; como a la propia salud de las personas, que históricamente han bebido de esas aguas, situación que no ha sido fundadamente despejada por CMDIC y la SMA, más aún cuando se indica que durante 16 semanas¹⁹, se dificultará la medición de los parámetros ya indicados, dado los plazos de ejecución de obras por la CMDIC, según las observaciones realizadas a las medidas por parte del Instituto Nacional de Hidráulica.

Centésimo sexagésimo cuarto. Que, a mayor abundamiento, en el punto 11 del reporte de avance²⁰ con fecha 17 de noviembre de 2019, se señala que "a partir del día 01 de septiembre de 2019, se inició con la implementación del monitoreo continuo de los parámetros temperatura, caudal, pH, y conductividad eléctrica en los vertederos grande y chico de la vertiente Jachucoposa (a través del sistema de monitoreo provisorio instalado en la actualidad conforme a lo señalado a propósito de la ejecución de la acción N° 31)". De la misma manera la SMA señala que, por ser provisorio este sistema de monitoreo continuo actualmente implementado, se han seguido realizando monitoreos de carácter puntual para el parámetro caudal (mediante molinete) a fin de contrastar los resultados de los monitoreos efectuados en forma continua (mediante sensores), fecha que no coincide con la informado por la empresa en la visita inspectiva de este Tribunal del 8 de octubre de 2019, en donde CMDIC señala que es desde el mes de agosto del presente año, la fecha en que se ha iniciado el monitoreo continuo mediante un sistema

¹⁹ Considerando 148 de la Resolución Exenta N° 12/ROL D-095-2017: Proyecto Mejoramiento Sistemas de Aforo Laguna Jachucoposa. Programa estimado de construcción.

²⁰ <http://snifa.sma.gob.cl/v2/ProgramaCumplimiento/Reporte/369>

transitorio, mientras se espera las autorizaciones de la DGA respecto de las obras definitivas (cuestión plasmada en Minuta denominada "Análisis de efectos ambientales. Nuevo Sistema de Aforo para Medición Continua Vertiente Jachucoposa. Reclamación R-25-2019 Primer Tribunal Ambiental", elaborado por ECOS, de octubre de 2019), entregada como antecedente adicional y complementario a la información recabada durante la visita inspectiva de este Tribunal.

Centésimo sexagésimo quinto. Que, la acción N° 31 ya antes indicada en el PDC, estaba comprometida para realizarse entre 01-05-2019 y el 31-08-2019, cuestión no cumplida a la fecha de inspección personal del Tribunal, ni tampoco reportada como cumplida a la fecha de dictación de la presente sentencia.

Centésimo sexagésimo sexto. Que, para desarrollar la implementación de la acción 31, CMDIC contempla realizar una mejora del sistema de aforo de la vertiente Jachucoposa, comprometiendo además la implementación de una canaleta parshall en la vertiente, para la medición de caudal mediante regleta de lectura. Adicionalmente, se señala que se instalará un flujómetro y un sistema de medición de calidad de aguas, que incluye sensor de pH, temperatura y conductividad, agregando en su compromiso que, durante la realización de estos trabajos se permitirá en todo momento el paso de las aguas del caudal de la vertiente Jachucoposa, de modo que no se modificará su escurrimiento, ni se pondrá en riesgo a la población.

Centésimo sexagésimo séptimo. Que, a mayor abundamiento, en el apéndice 04 del anexo 8, denominado "Montaje en OCCC Canaleta", se entrega un esquema de instalación del canal Parshall, el que hace mención a uso de productos como hormigón, perlas de poliestireno, cemento, arena, aislapol, entre otros, que al contacto con el agua de la vertiente, razonablemente podrían generar efectos serios en la vertiente y sus aguas, y que al no haberlos evaluados ambientalmente, hacen que la acción N° 31 no tenga una completa eficacia. Más aún, no se plantea un análisis de los efectos ambientales que provocarían estas obras en la vertiente de Jachucoposa y su sistema lagunar; donde sólo se está a la espera de una autorización sectorial de la DGA de Tarapacá.

Centésimo sexagésimo octavo. Que, respecto a lo anterior, y con la finalidad de dar cumplimiento a la acción N° 31, CMDIC ha señalado que ha debido enviar un informe de solicitud de modificación de cauce²¹, el que fue ingresado a la DGA en agosto de 2019, este informe incluye: antecedentes generales, ubicación del proyecto, alcances y descripción del proyecto, diseño de las obras, cronograma del proyecto; además de anexar: estudios básicos de topografía, hidrometeorología, mecánica de suelos, geotécnica, mecánica fluvial, estudio sísmico, modelación hidráulica, planes o normas de operación normal y de emergencia, control y monitoreo. Este informe, con sus anexos y contenidos, no fue considerado como una acción del PDC, aunque en si misma es una acción que incluso podría influir a que la acción 31 y 32 se retrasasen e incluso no se cumplan.

Centésimo sexagésimo noveno. Que, atendidos los puntos de análisis anteriores, y como se evidenció en la inspección de terreno a la vertiente de Jachucoposa por este Tribunal, razonablemente no están dadas las condiciones como se plantean en el PDC aprobado respecto del

²¹ Según Guías metodológicas para presentación y revisión técnica de proyectos de modificación de cauces naturales y artificiales, DGA, MOP.

criterio de verificabilidad, a fin de cumplir el resguardo efectivo del bien jurídico ambiental de la vertiente de Jachucoposa.

Centésimo septuagésimo. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores estiman que las medidas asociadas al cargo N° 8, no cumplen con el estándar de exigencia de Integridad, Eficacia y Verificabilidad.

Centésimo septuagésimo primero. Que, este Tribunal, analizado la aplicación de los criterios de aprobación del PDC según el artículo 9 del DS N° 30/2012 para el cargo N° 9, esto es "No modificar el régimen de explotación hídrica de la cuenca Salar Coposa, pese a manifestarse descensos del nivel freático mayores a los previstos en el modelo hidrogeológico acompañado en el Anexo C de la DIA 'Proyecto Traslado Puntos de Captación de Aguas Subterráneas en Cuenca Coposa', ni presentar a la autoridad ambiental los antecedentes necesarios para determinar si el impacto ambiental que generará o presentará el proyecto se ajusta a las normas ambientales vigentes considerando el escenario más desfavorable para el medio ambiente", donde se constata:

Centésimo septuagésimo segundo. Que, respecto del criterio de Integridad la propuesta de PDC, si bien se aborda la infracción, y se analizan efectos, se evidencia una insuficiencia en el abordaje por CMDIC y por lo mismo del estándar de exigencia de la SMA, ya que es del todo razonable al menos preguntarse y en lo posible descartar con data científica, si existieron o no efectos continuos y persistentes que se hayan generado fruto de la sobre extracción de aguas por sobre el escenario más desfavorable y no activación de cambio del régimen de extracción de agua de la zona de pozos Coposa Norte, bajo una mirada sistémica e integral del ecosistema cuenca del Salar de Coposa, cuestión no abordada razonablemente en el "Informe Actualización análisis y estimación de efectos ambientales. Cargo N°9 Resolución exenta N°1/Rol D-095-2017".

Centésimo septuagésimo tercero. Que, plantear una evaluación ambiental de un nuevo modelo hidrogeológico para abordar de mejor manera la descripción y modelamiento del acuífero en un contexto de un aumento de la producción de CMDIC a través del EIA "Desarrollo de Infraestructura y Mejoramiento de Capacidad Productiva de Collahuasi"²², admitido a trámite según la Res. Ex. N° 0028²³ del 14 de enero de 2019 por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA); ya es asumir la incertidumbre de un nuevo modelo, más allá de la misma evaluación del estudio, y por tanto no logra razonablemente dar respuesta actual, oportuna e íntegra a la acción y meta de recuperar el acuífero a los niveles aceptables según la RCA 144/2006.

Centésimo septuagésimo cuarto. Que, en los hechos, el proyecto de traslado de pozos según la RCA 144/2006 cambia la extracción de agua al sector de Coposa Norte en la misma cuenca. Sin embargo, los descensos bajo los niveles del peor escenario evaluado ocurren principalmente en el sector suroeste del acuífero del Salar. Estos niveles freáticos, según CMDIC estarían en un proceso de estabilización, o ya se habrían estabilizado, aunque bajo el nivel del peor escenario, en cerca de un metro. Sin embargo, el titular y la SMA determinan que este comportamiento estaría asociado al efecto remanente de las extracciones

²² https://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=normal&id_expediente=2142210954

²³ <https://infofirma.sea.gob.cl/DocumentosSEA/MostrarDocumento?docId=93/2c/3a486cefb11228a66cdda68b6add475d6798>

de Falla Pabellón y a una disminución de la recarga, temas que no son abordados íntegra y eficientemente, como se detallará en los considerandos siguientes.

Centésimo septuagésimo quinto. Que, para este Tribunal, es evidente que el sistema planteado por el titular y aprobado por la SMA en la resolución reclamada, respecto de someter a evaluación un nuevo modelo hidrogeológico es necesario y vital, pero es razonablemente poco plausible e insuficiente en la actualidad para hacerse cargo de los efectos adversos que persisten en el acuífero de la cuenca de Salar de Coposa, aun cuando se evidencia una tendencia hacia la recuperación de los niveles al punto de escenario más desfavorable como lo exige la Adenda N° 1, considerando N° 6.1.5 de la RCA 144/2006, donde dado los hechos evidenciados por el titular, este debe modificar y mantener modificada la extracción de agua, como lo destaca la propia SMA en el considerando 154 de la Resolución Exenta N° 12/ROL D-095-2017, donde se indica que "[...] el Titular deberá modificar su régimen de explotación hídrica en la cuenca con la finalidad de que las variables de control se comporten de acuerdo a lo previsto tanto en la presente evaluación así como en las evaluaciones ambientales previas."

Centésimo septuagésimo sexto. Que, si bien se analiza la componente ambiental agua subterránea, a través del análisis de los descensos en los niveles freáticos en los pozos de monitoreo, no se analizan para el caso puntual de la infracción otras variables asociadas a la componente, como lo es la calidad de las aguas, aun cuando existen datos disponibles. Además, varios de los pozos o punteras presentan niveles freáticos cercanos a la superficie.

Centésimo septuagésimo séptimo. Que, a su vez, el análisis de las superficies lagunares presentado en el "Informe Actualización análisis y estimación de efectos ambientales" no resulta suficiente para descartar efectos a éstas, dado que no se presenta la metodología abordada de manera adecuada, solo se analiza para un periodo acotado - siendo que existe información y herramientas para analizar superficies lagunares en periodos de tiempo anteriores al 2006- y no se utiliza información nueva para intentar hacer más comparables los promedios anuales o bien comparar estaciones en distintos años.

Centésimo septuagésimo octavo. Que, respecto del criterio de Eficacia, si bien la compañía propuso 4 acciones para volver al cumplimiento y hacerse cargo de los efectos al medio ambiente reconocidos respecto del cargo N° 9, se evidencia que sólo la acción N° 33, referida a "Reducir el caudal de extracción de aguas subterráneas autorizado por la RCA 144/2006 desde Coposa Norte, considerando el caudal promedio extraído durante los últimos 5 años". Dicha acción se propone realizar en un régimen escalonado, como se señala en el considerando N° 176 de la Res. Ex. N° 12/2019; a saber: a) Una vez aprobado el PDC, se reducirá el caudal de extracción autorizado por la RCA 144/2006 a un máximo de 312 l/s (como promedio semestral), b) A partir del primer semestre del año 2020 se reducirá la extracción a un máximo de 302 l/s (como promedio semestral) y c) A partir del primer semestre de 2021 se reducirá a un máximo de 265 l/s (como promedio semestral).

Centésimo septuagésimo noveno. Que, para este Tribunal, de los antecedentes expuestos no queda claro con qué criterio se determinó el escalonamiento de los caudales de extracción de la acción N° 33 que, si bien significa una reducción de caudal, no se percibe cómo contribuye

a la reducción de los efectos negativos del sector suroeste de la cuenca Salar de Coposa. Asimismo, llama la atención que se considere como primera reducción "el promedio de los últimos cinco años", lo cual en la práctica podría no materializarse en una reducción efectiva, más aún, teniendo en consideración que se iniciaría "una vez aprobado el PDC" y no antes.

Centésimo octogésimo. Que esta situación, llama la atención en orden a que CMDIC, ya cuenta con una exigencia en orden a modificar su régimen de extracción en caso de superar los niveles más bajos en el escenario más desfavorable, situación ya asumida y aceptada tanto por la CMDIC, como por la SMA; por tanto, la medida planteada es razonablemente débil y poco eficaz a la hora de volver al cumplimiento, entendiéndose que la superación de los niveles freáticos exigidos en la RCA 144/2006, ya llevan años sin ser abordados y donde se desconoce los efectos acumulativos de dicho incumplimiento, más aún por los propios argumentos enunciados por CMDIC y la SMA en orden a que el actual modelo hidrogeológico, no permite dar certeza en su modelación del acuífero y por tanto, genera evidente incertidumbre y aumenta el riesgo ambiental para el objeto de conservación en cuestión.

Centésimo octogésimo primero. Que, bajo una razonable lógica para volver al cumplimiento, la acción que se propone para "contener los efectos [...] a través de la reducción progresiva de los caudales extraídos, alcanzando un umbral de 22,5% de reducción, permite contener, al menos parcialmente, los descensos del nivel freático del acuífero que se ocasionan con motivo de las extracciones de agua efectuadas en el sector Coposa Norte", lo que, al no tener modelos hidrogeológicos actualizados, no permite comprender la extensión de la medida y por lo cual, no es posible evaluar la eficacia de esta acción.

Centésimo octogésimo segundo. Que, adicionalmente a estos sentenciadores les resulta al menos discutible que la SMA no exija y mantenga alguna medida provisional destinada a la limitación del régimen de extracción de aguas de cuenca Salar de Coposa, a fin de proteger el acuífero como bien jurídico ambiental y estratégico en zona limítrofe con Bolivia, exigiendo a CMDIC dicha medida hasta que exista una recuperación evidente y permanente del acuífero, más allá de sus posibles efectos adversos a otros objetos de conservación ambiental, como pudiera ser la vertiente de Jachucoposa y su sistema lagunares, o incluso a otros cuerpos lagunares o humedales altoandinos que pudieron haberse visto afectados desde el año 2008 en adelante cuando comenzó dicho bombeo; como en su momento fue advertido y declarado acuífero protegido por la DGA, a través de las Res. Ex. DGA N° 655²⁴ de fecha 10 de julio de 2002, declara área de restricción para nuevas extracciones de aguas subterráneas del sector correspondiente a la cuenca del Salar de Coposa, donde destaca en sus considerandos "que, los estudios demuestran que existe riesgo de un descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo, que afectan la capacidad productiva de los acuíferos, debido a una insuficiente recarga en relación a la explotación existente."

Centésimo octogésimo tercero. Que, de las otras 3 acciones, Acción N° 34, referidas a "Someter al SEIA el régimen de extracción de agua en la cuenca del Salar de Coposa, mediante la presentación de un EIA"; Acción N° 35, referida a "Obtener una resolución de calificación

²⁴ Fojas 28682 del Expediente Judicial de autos.

ambiental favorable para el proyecto que ingreso al SEIA conforme a la acción precedente"; y excepcionalmente la Acción N° 36, relativo a "Ingreso al SEIA del EIA que modifica el régimen de extracción de agua en la cuenca del Salar Coposa para obtención de RCA favorable". De las tres acciones señaladas, se puede apreciar, que sólo la primera de ellas (acción N° 34) está en absoluto control y disposición de CMDIC, y que a la fecha de esta sentencia se entiende en proceso de ejecución, como ya se mencionó respecto de la Res. Ex. N° 0028 del 14 de enero de 2019 por la Dirección Ejecutiva del SEA, que acoge a trámite el EIA del proyecto "Desarrollo de Infraestructura y Mejoramiento de Capacidad Productiva de Collahuasi" de CMDIC; sin embargo las otras dos acciones (N°s 35 y 35), estarán supeditadas en un altísima proporción a como se desenvuelva y aborde dicho EIA en el Sistema de Evaluación Ambiental, quedando el titular supeditado a lo que la autoridad ambiental determine de dicho proceso de evaluación, lo que claramente le quita eficacia, que sumado a la falta de integridad, impiden a CMDIC abordar con la mayor diligencia posible los efectos negativos del cargo N° 9 en el acuífero de la cuenca Salar de Coposa.

Centésimo octogésimo cuarto. Que, respecto del criterio de Verificabilidad, estos sentenciadores, y dados los análisis de los anteriores criterios, también estiman que la aprobación del PDC en este aspecto para las acciones N°s 33, 35 y 36, carece de los mecanismos y metodologías idóneas y pertinentes de verificabilidad para asegurar que CMDIC vuelva al cumplimiento de lo exigido en la RCA 144/2006, la cual tiene una obligación legal ambiental de retornar al menos a los niveles freáticos exigidos como escenario más desfavorable, de una manera más plausible, con real intención práctica y efectividad concreta, a fin de resguardar el componente ambiental del acuífero de la cuenca Salar de Coposa.

Centésimo octogésimo quinto. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores estiman que las medidas asociadas al cargo N° 9, no cumple con el estándar de exigencia de Integridad, Eficacia y Verificabilidad.

Centésimo octogésimo sexto. Que, del análisis efectuado en los considerandos precedentes, respecto a que a el PDC no cumpliría con los criterios del artículo 9 del DS N° 30/2012 sobre integridad, eficacia y verificabilidad, para los cargos N°s 3, 8 y 9, este Tribunal ha podido constatar que la SMA, a partir de la información proporcionada por la CMDIC en su PDC, no cumple con los criterios de aprobación exigidos por la normativa en referencia, ya que no se identificaron en sede administrativa todos los efectos de las infracciones imputadas; así como la eficacia de las acciones y metas, ya que no son suficientes y plausibles para volver al cumplimiento de las licencias ambientales infringidas, y por tanto hacen inocua su respectiva verificabilidad. Por lo cual, estos sentenciadores, acogerán la alegación desarrollada en este apartado.

d) El PDC de CMDIC busca eludir su responsabilidad ambiental.

Centésimo octogésimo séptimo. Que, sobre el particular, la parte reclamante sostiene que CMDIC a través de la presentación de su PDC tiene como fin obtener un beneficio concreto, cual es la suspensión del proceso sancionatorio a través de la implementación de acciones de nula efectividad en el Salar de Coposa y que más bien, buscan eludir su

responsabilidad en el deterioro del territorio que han utilizado históricamente los recurrentes.

Centésimo octogésimo octavo. Que, agrega el actor, que los PDC son instrumentos creados para incentivar el cumplimiento de titulares de proyectos que nunca han incurrido en malas prácticas de manera de darles la oportunidad de ajustar su comportamiento ambiental a la normativa vigente eximiéndolos de las sanciones previstas en la ley, oportunidad o beneficio que ya fue otorgado a CMDIC en el año 2006, a través de la resolución exenta N° 23, de 2006, de la COREMA, que le permitió modificar su RCA.

Centésimo octogésimo noveno. Que, este Tribunal ha estimado pertinente revisar lo indicado en el inciso tercero del artículo 9° del D.S. N° 30, de 2013, el cual establece que "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".

Centésimo nonagésimo. Que, estos sentenciadores evidencian sobre esta materia que la propia SMA en la Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, del año 2018, señala que "La aplicación de estos criterios por parte de la SMA se ha ejercido en la forma de un principio de orientación para determinar el tiempo y la forma que debe contemplar un PDC para ser aprobado, considerando la finalidad preventiva y protectora del medio ambiente que tiene el PDC, de forma inherente, como instrumento de incentivo al cumplimiento ambiental".

Centésimo nonagésimo primero. Que, sobre el supuesto beneficio que ya fuera otorgado a CMDIC, a través de la Res. Ex. N° 23, de 2006, de la COREMA, que le permitió abordar infracciones previas y adecuar RCA, ya se han abordado en los considerandos anteriores; despejando que se trata de situaciones no estrictamente vinculadas y excluyentes a la posibilidad que CMDIC pueda presentar un PDC a revisión de la SMA, y esta última aplicar correctamente los criterios de admisibilidad y aprobación respectiva.

Centésimo nonagésimo segundo. Que, este Tribunal, no encuentra evidencia suficiente y sustantiva que entrega la Reclamante, a fin de acreditar razonablemente una posible elusión a la responsabilidad ambiental de CMDIC en el contexto de la presentación de su PDC; donde más bien las acciones de la reclamada y CMDIC han estado en la voluntad de abordar la situación de infracción normativa evidenciada en autos, en función de lo establecido en la propia LOSMA, el DS N° 30/2012 y en particular en el Título II sobre Instrumentos de Incentivo al cumplimiento, párrafo 1° Programas de Cumplimiento.

Centésimo nonagésimo tercero. Que, como ya se ha mencionado en considerandos previos, si bien hay elementos concretos de insuficiencia del PDC presentado por CMDIC y su aprobación por parte de la SMA, en particular los referidos a los criterios de aprobación según el artículo 9 del DS N° 30/2012, eso no implica que exista "per se" una intención de elusión de responsabilidad ambiental por parte de CMDIC.

Centésimo nonagésimo cuarto. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores, desestimarán la presente alegación en torno a que el PDC de CMDIC busca eludir su responsabilidad ambiental.

IV. Sobre la eventual infracción al estándar de motivación requerido en el artículo 41 de la ley N° 19.880.

Centésimo nonagésimo quinto. Que, la Asociación Indígena reclamante sostiene que la resolución impugnada sería ilegal por no cumplir el estándar de motivación requerido en el artículo 41 de la ley N° 19.880.

Centésimo nonagésimo sexto. Que, fundamenta su alegación a partir del estándar de motivación establecido en una sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, causa Rol N° R-30-2016, por lo que el acto impugnado en esta sede que aprueba el PDC a CMDIC carece de elementos técnicos para fundar su decisión y se basa totalmente en la información presentada por el titular sin considerar la opinión de otros organismos con competencia sectorial como la DGA, SAG y CONADI, ni pondera la entidad de los 14 cargos, en su mayoría calificados como graves y, en particular, el cargo N° 3 clasificado como una infracción gravísima que afecta directamente la biodiversidad que sustenta el territorio de la Asociación Aymara del Salar de Coposa.

Centésimo nonagésimo séptimo. Que, por su parte, la SMA indica que el procedimiento administrativo asociado a la causa de autos, no corresponde a la evaluación de un proyecto en el SEIA, sino un procedimiento sancionatorio substanciado por la SMA, no existiendo obligación de acuerdo a la LOSMA de consultar a ningún organismo en el marco de la aprobación de un PDC.

Centésimo nonagésimo octavo. Que, asimismo, destaca que la cita al criterio jurisprudencial efectuado por la reclamante, está referido a la revisión de resoluciones de calificación ambiental, cuestión inserta dentro de una lógica autorizatoria, en contraposición a una orientada al cumplimiento, en particular, al retorno a la legalidad ambiental cuando se ha infringido la autorización.

Centésimo nonagésimo noveno. Que, finaliza la SMA, señalando que esa Superintendencia ponderó cada uno de los elementos fácticos para la aprobación del PDC de CMDIC, indicando que: i) El PDC aborda todas las infracciones y se hace cargo de los efectos negativos de aquellas respectos de las cuales éstos se han derivado; ii) Se encontraría verificada la eficacia de cada una de las acciones, a la luz de la información técnica disponible y a la evaluación ambiental del proyecto; y, iii) Se constataría la verificabilidad de las acciones, toda vez que cada una contempla medios para demostrar su debida ejecución; por lo que solicita el rechazo de las alegaciones formulada por la reclamante.

Ducentésimo. Que, para este Tribunal, si bien la SMA ha ponderado cada uno de los elementos fácticos presentados por CMDIC en su propuesta de PDC, queda claro que existen serias falencias en torno a las exigencias del artículo 41 de la ley N° 19.880 referidas a la motivación del acto administrativo de aprobación del PDC a través de Resolución Exenta N° 12/D-095-2017, según ya se revisó latamente en el capítulo III letra c) de la presente sentencia y en particular en los considerandos ya desarrollados.

Ducentésimo primero. Que, sobre el punto i) precedentemente indicado, si bien el PDC aborda todas las infracciones (14), sin embargo, en particular de las infracciones 3, 8 y 9 reclamadas en autos, no identificar, evaluar y abordar razonablemente para hacerse cargo de los efectos negativos de aquellos incumplimientos respecto de las cuales éstos se han derivado, como se ha ido especificando en el desarrollo de esta sentencia, en particular en lo referido a las deficiencias

sobre el criterio de integridad.

Ducentésimo segundo. Que, sobre el punto ii) también existen serias deficiencias en las acciones propuestas para abordar el incumplimiento de los cargos 3, 8 y 9, como latamente se detalló en la revisión de los criterios de eficacia en los considerandos anteriores, no evidenciando razonablemente el cumplimiento de dicho criterio para cada una de las acciones y metas propuestas, ni menos obviamente, para aquellos efectos no identificados y evaluados, a la luz de la información técnica disponible y a la evaluación ambiental del proyecto.

Ducentésimo tercero. Que, de la jurisprudencia ya antes citada, este Tribunal comparte el criterio en cuanto a que sólo si cuenta con una correcta y completa descripción de los efectos, se podrá precisar si las acciones y metas propuestas en el PDC cumplen con la obligación de reducir o eliminar dichos efectos, satisfaciendo, de esta manera, los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.

Ducentésimo cuarto. Que, de igual manera, sobre el punto iii) se hace imposible constatar la completa verificabilidad de las acciones, toda vez que existe una evidente incerteza en la identificación y evaluación de los efectos de los cargos 3, 8 y 9, y por tanto los medios para demostrar su debida ejecución sólo se han plasmado respecto de acciones incompletas y carentes de integridad, como se han abordado latamente en el capítulo III letra c) del presente fallo.

Ducentésimo quinto. Que, estos sentenciadores, de igual manera evidencian que el acto impugnado que aprueba el PDC de CMDIC carece de elementos técnicos y científicos robustos para fundar su decisión; y que si bien la SMA tiene absoluta discreción para basar su evaluación y aprobación en la información presentada por el titular sin considerar la opinión de otros organismos con competencia sectorial como la DGA, SAG y CONADI; evidentemente la carencia de una visión sectorial especializada, como la que aportan estos servicios públicos, restringiendo la competencia específica técnico-legal y debida coordinación de éstos para realizar una evaluación integral y sistémica de la información respecto de los efectos, acciones y metas que se especifican en el PDC propuesto y aprobado. Todo lo cual, finalmente la han llevado a una evidente carencia de motivación técnica conforme las exigencias del artículo 41 de la ley N° 19.880, de la LOSMA y del propio DS N° 30/2012, respecto de la resolución reclamada.

Ducentésimo sexto. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores acogerán la presente alegación referida a la infracción del estándar de motivación requerido en el artículo 41 de la ley N° 19.880 aplicado sobre la evaluación y aprobación del PDC de CMDIC.

V. Sobre la eventual infracción al derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales presentes en su territorio tradicional.

Ducentésimo séptimo. Que, sobre este punto, la reclamante sostiene que el estatuto de protección de los pueblos indígenas vigente en nuestro país y que es reconocido expresamente de forma general para toda la institucionalidad ambiental en el artículo 4 inciso segundo de la Ley N° 19.300, establece un marco normativo claro y vinculante respecto a los derechos a los recursos naturales y particularmente al

agua de los pueblos indígenas.

Ducentésimo octavo. Que, en ese orden de ideas, señala que el artículo 64 de la ley N° 19.253, reconoce el derecho sobre las aguas de las comunidades indígenas del norte del país basado en el derecho propio indígena, cuestión que ha sido reconocido de forma contundente por la jurisprudencia chilena.

Ducentésimo noveno. Que, la actora argumenta, que desde un plano internacional, citando observaciones del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, así como disposiciones del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), indica que el Estado debe ser el principal garante de los derechos de los pueblos indígenas ante la intervención de empresas extractivas de recursos naturales como CMDIC en territorios ocupados históricamente por las comunidades indígenas. No obstante ello, señala que es la propia CMDIC que ha adquirido voluntariamente la obligación de cumplir con los estándares de derecho internacional de derechos de los pueblos indígenas en la ejecución de sus actividades económicas.

Ducentésimo décimo. Que, por otra parte la reclamante, agrega que el artículo 63 del Código de Aguas limitó la exploración y explotación de aguas subterráneas en zonas acuíferos que alimentan vegas y bofedales, cuestión que se relaciona con el Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales de la Ley de Bosque Nativo N° 20.283, dictado por el Decreto N° 82, de 2010, del Ministerio de Agricultura.

Ducentésimo undécimo. Que, en base a lo anterior, sostiene que el uso ancestral de la Asociación de Coposa respecto a la vertiente de Jachucoposa se encuentra protegida por la normativa especial indígena directamente aplicable como territorio indígena y también por la protección de su ecosistema que es único, ya que se trata de un acuífero protegido que alimenta vegas y bofedales de acuerdo a la Resolución N° 909, de 1996, de la Dirección General de Aguas y, además, es un humedal de alta biodiversidad que ha sido declarado un sitio prioritario de conservación por la Comisión Nacional de Medio Ambiente.

Ducentésimo duodécimo. Que, por su lado la SMA no se refiere a la cuestión controvertida referida a posible "Infracción al derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales presentes en su territorio tradicional", acotando su defensa de estas materias a la Consulta Indígena, en materia ambiental y en particular a las exigencias normativas respecto de su proceder, siempre que se trate 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.

Ducentésimo decimotercero. Que, para este Tribunal es del todo razonable separar; por un lado, la cuestión del derecho de acceso a los recursos naturales en territorios tradicionales; como por otro, el derecho de consulta indígena en el contexto de un proceso sancionatorio y en particular respecto de la aprobación del PDC de CMDIC.

Ducentésimo decimocuarto. Que, a su vez, para despejar la materia referida al derecho de acceso a los recursos naturales presentes en su territorio tradicional, es importante citar e interpretar armónicamente lo que indica la Constitución Política de la República ("CPR") y la Normativa Legal referida a los Pueblos indígenas y el acceso a los recursos naturales, como se detalla.

Ducentésimo decimoquinto. Que la CPR, indica en su artículo 1° párrafo tercero que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."; mientras que en su artículo 19 N° 8° señala expresamente "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Ducentésimo decimosexto. Que, para estos sentenciadores, el resguardo de esta garantía constitucional, es deber de todo el Estado, por lo que si bien puede entenderse inicialmente como la revisión administrativa que realiza el Servicio de Evaluación Ambiental sobre el cumplimiento de la legislación ambiental aplicable ante proyectos productivos sometidos a su conocimiento; para el caso de autos también le compete íntegramente supervigilar a la SMA y los organismos sectoriales con competencia ambiental específicos, en su función fiscalizadora y sancionadora respecto del cumplimiento de las obligaciones ambientales sobre los recursos naturales (incluyendo agua y biodiversidad) que CMDIC tiene respecto de la protección del medio ambiente en sus proyectos productivos, como al resguardo del derecho de un adecuado acceso a los mismos recursos naturales (agua y biodiversidad) que ancestralmente ha hecho uso la AIA de Coposa, y luego el Estado plasmó en las Resoluciones de Calificación Ambiental de CMDIC y que ésta en el caso de autos ha infringido.

Ducentésimo decimoséptimo. Que, asimismo, se ha indicado que "el Art. 19 N° 8 es el especial mandato que el constituyente le encomendó al Estado "para velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza". Este doble deber que tiene el Estado está íntimamente ligado al diseño que la normativa de derechos humanos cuando encomienda a los estados firmantes la promoción y respeto de dichos derechos. No basta un reconocimiento y una actitud pasiva de las autoridades nacionales para que este derecho se vea plenamente consagrado. Requiere una orientación de las políticas públicas en torno a prevenir "que este derecho no sea afectado" y "tutelar la preservación de la naturaleza".

Agrega, que "una interpretación estricta, literal o en favor de los derechos humanos propia del análisis de los capítulos de derechos fundamentales, nos llevaría a la conclusión que el Estado chileno se comprometió a preservar la naturaleza. En este sentido los ecosistemas nacionales no debieran ser tocados de manera alguna y ese es el sentido que tanto la ciencia como la doctrina le dan a la palabra preservar. Está interpretación impide todo aprovechamiento de los recursos naturales de un país. Debemos entender entonces que el sentido que se le encomendaba al Estado era conservar la naturaleza. Esta alteración de las reglas interpretativas elementales en ningún caso nos puede llevar a la conclusión que el Estado pueda justificar una actitud pasiva y se omita en la regulación de la extracción de los recursos originarios. Debe, en el sentido antes mencionado, garantizar la conservación de los recursos por expreso mandato constitucional, luego de una interpretación cuestionable desde la perspectiva de los derechos

humanos".²⁵

Ducentésimo decimooctavo. Que, en relación a la norma constitucional, la Excm. Corte Suprema ha indicado "Que resulta evidente que bajo el imperio de la norma constitucional recién transcrita el respeto al medio ambiente y la preservación de la naturaleza ha cobrado una importancia fundamental en el desarrollo del país, lo que se encuentra ratificado por las normas contenidas en la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, [...], de la cual cabe extraer los artículos 41 y 42, que disponen lo siguiente: Artículo 41. El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas. Artículo 42. El organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación. Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales: a) Mantención de caudales de aguas [...]" (Sentencia CS Rol N° 4.224-2004, considerando octavo).

Ducentésimo decimonoveno. Que, la Ley N° 19.253 de 1993 que establece las Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, en su artículo 1° indica que "El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura [...] Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación".

Ducentésimo vigésimo. Que, por su parte el artículo 64 de la misma Ley, establece que "Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas."

Ducentésimo vigésimo primero. Que, así mismo el Código de Aguas (DFL N° 1122/1981) en su artículo 3° indica que "Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente. La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman

²⁵ Ramírez Sierra, José, El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como un Derecho Humano y su protección a partir de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, Chile, año 2000, N° 2.

todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente". Mientras que en el artículo 63° párrafo 3° indica que "Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas."

Ducentésimo vigésimo segundo. Que, al respecto este Tribunal constata del expediente de autos, que la Dirección General de Aguas a través de la Resolución N° 909 del 1996, ha identificado y delimitado las zonas que corresponden a acuíferos que alimentan áreas de vegas y de los llamados bofedales en las regiones de Tarapacá y Antofagasta; la cual tienen una relación ecológica y ambiental con el acuífero del Salar de Coposa, el cual, como ya se ha analizado latamente, es parte integrante de la relación ancestral que tiene la AIA de Coposa con dicho territorio y paisaje; cuestión que al menos obliga a los entes fiscalizadores sectoriales y ambientales a dar estricto cumplimiento a fin de proteger el bien jurídico ambiental discutido en esta reclamación.

Ducentésimo vigésimo tercero. Que, Ley de Bosque Nativo N° 20.283 de 2008 del Ministerio de Agricultura en su artículo 17° indica "Prohíbese la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos en una distancia de 500 metros de los glaciares, medidas en proyección horizontal en el plano. El Reglamento normará la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua, [...]. En el caso de protección de los cursos naturales de agua considerará además el tamaño de la cuenca, el caudal y su temporalidad. De la misma forma, el Reglamento determinará la normativa para la protección de los humedales declarados Sitios Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, o sitios Ramsar, debiendo considerar los criterios señalados en el inciso anterior, así como también los requerimientos de protección de las especies que lo habitan. Asimismo, dicha normativa deberá responder a las especificidades regionales."

Ducentésimo vigésimo cuarto. Que, lo anteriormente señalado, respecto del caso de autos se relaciona directamente con la protección de los humedales asociados a la vertiente de Jachucoposa y sus cuerpos lagunares; como además, a las zonas de pajonales donde anidan especies de avifauna, y zonas de praderas naturales donde pastorea el ganado de la AIA de Coposa en forma ancestral, todo ello en un Sitio Prioritario para la Conservación como lo es la cuenca del Salar de Coposa, declarado así por el Ministerio de Medio Ambiente.

Ducentésimo vigésimo quinto. Que, por otro lado es la propia Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, la que otorga garantías y derechos a los pueblos indígenas respecto al acceso a los recursos naturales de uso ancestral, en su artículo 4° párrafo segundo, indicando 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."

Ducentésimo vigésimo sexto. Que, lo anterior ha sido plasmado en las múltiples RCA aprobadas que CMDIC tiene vigente a la fecha, en particular las RCAs 167/2001 y 144/2006, motivos de la presente reclamación, y que debe guardar irrestrictamente, cumpliendo cabalmente todos sus compromisos ambientales, y en particular aquellos referidos a no afectar el acceso a los recursos naturales y a sus usos y costumbres ancestrales, en particular su relación con la tierra, el agua y las actividades agropecuarias que realiza en un contexto armónico con la naturaleza, y que es de responsabilidad de la SMA el fiscalizar su cumplimiento respecto de los regulados (en este caso CMDIC) y con ello resguardar los derechos de acceso a los recursos naturales por parte de la AIA de Coposa.

Ducentésimo vigésimo séptimo. Que, este Tribunal, de la revisión del expediente administrativo y judicial, así como de la inspección personal realizada al proyecto y sus área de influencia en el Salar de Coposa, como ya se ha mencionado en considerados previos referidos a las cuestiones de hecho de las infracciones a los cargos N°s 3, 8 y 9 de la referida Resolución Exenta N° 12/Rol D-095-2017; ha constatado que se ha vulnerado los derechos de acceso que tiene la AIA de Coposa a los recursos naturales en el Salar de Coposa, en particular los referidos al agua y sus servicios ecosistémicos, en la vertiente de Jachucoposa y sus cuerpos lagunares, como a las zonas de pastoreo aledañas, y la potencial relación de efectos que pudiere tener la baja de niveles del campo de pozos Norte de la CMDIC.

Ducentésimo vigésimo octavo. Que, para estos sentenciadores, es un requisito esencial para aprobar un PDC, que tanto CMDIC como la SMA, identifiquen y aborden íntegramente todos los efectos, así como todas las acciones y metas vitales y plausibles para volver al cumplimiento ambiental, resguardando con ello el bien protegido del acuífero, la vertiente Jachucoposa y sus cuerpos lagunares de la cuenca del Salar de Coposa, como su interacción con la biodiversidad y las zonas de pastoreo ancestral de la Asociación Aymara de Coposa; más aun siendo éste un Sitio Prioritario para la Conservación y en un escenario de Cambio Climático".

Ducentésimo vigésimo noveno. Que, si bien para estos sentenciadores no hay prueba suficiente para referirse a impactos significativos y específicos sobre la AIA de Coposa, ni es el espacio de revisión del PDC el propicio para reclamar un potencial daño ambiental y a la solicitud de la reparación del mismo, si estiman que al menos se evidencia un detrimento ambiental, que ha mermado y restringido el acceso histórico y ancestral de los comuneros, tanto en el derecho de acceso al agua para bebida humana, como para la bebida animal, en una calidad de agua, que al menos hoy está en duda; así como en las zonas de pastoreo de su ganado camélido en las inmediaciones de la vertiente de Jachucoposa y sus cuerpos lagunares; como en la potencial afectación de zonas húmedas de potencial hábitat de avifauna nativa, asociada a la sobre extracción de agua del sector de campo de pozos norte que ha gatillado una disminución más allá de los estipulado en las RCA 167/2001 y 144/2006.

Ducentésimo trigésimo. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos Sentenciadores acogerán la alegación referida a la infracción al derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales presentes en su territorio tradicional.



Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Ley N° 20.600, artículo 56 de la Ley N° 20.417, DS N° 30/2012, artículo 41 de la ley N° 19.880, y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Acoger la reclamación de autos, dejando sin efecto la Resolución Ex. N° 12/D-095-2017 de fecha 16 de mayo de 2019 de la SMA.
- II. No condenar en costas a la SMA y a CMDIC, por tener ambos motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

Rol N° R-25-2019

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez y Sr. Marcelo Hernández Rojas. No firma el Ministro Sr. Oviedo, por encontrarse con feriado legal, pese haber concurrido al acuerdo.

No formó parte del acuerdo el Ministro Sr. Cristian Delpiano Lira, pese a haber asistido a la vista de la causa, por haber cesado en sus funciones en este Tribunal, conforme al artículo 80 del Código Orgánico de Tribunales.



Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Claudio Gandolfi Ramos.

En Antofagasta, a treinta de diciembre de dos mil diecinueve, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.