

Antofagasta, ocho de octubre de dos mil veintiuno.

**VISTOS:**

1. Consta que la Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 ("reclamante" o "Junta de Vecinos"), RUT 73.684.600-4, representada por el abogado Sr. Sergio Chamorro Avilés, domiciliado para estos efectos en Calle Paula Jaraquemada N°3051, de la ciudad y comuna de Calama, con fecha 25 de marzo de 2021 interpuso reclamación judicial ante esta magistratura.

La reclamación judicial fue interpuesta, conforme al artículo 56 de la Ley N°20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA") y artículos 17 N°3, 18 N°3 y siguientes de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en contra de la Resolución Exenta N°9/2021 de fecha 07 de enero de 2021, ("Res. Ex" o "resolución reclamada" o "resolución exenta") dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente ("reclamada" "Superintendencia" o "SMA"), RUT 61.979.950-K, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el procedimiento sancionatorio Rol D-31-2020 aprobando Programa de Cumplimiento ("PdC") y suspendiendo procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Procesadora de Residuos Industriales Limitada ("RECIMAT").

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

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto,
- b) Que se ordene la reapertura y continuidad del procedimiento sancionador administrativo.
- c) Que se condene en costas a la reclamada.

**I. Antecedentes del acto administrativo reclamado:**

2. De los antecedentes administrativos consta que:

En cuanto al titular contra quien se llevó el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-31-2020, consta que la Procesadora de Residuos Industriales Limitada ("RECIMAT"), RUT 76.073.179-K, es titular de cuatro proyectos a saber: "Recicladora y refinadora de residuos mineros y metales no ferrosos" con Declaración de Impacto Ambiental ("DIA") aprobado por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta ("COREMA") mediante Resolución Exenta N° 125/2004 ("RCA N° 125/2004") de fecha 6 de julio de 2004; proyecto "Transporte y disposición final de residuos sólidos de fundición" DIA aprobada en ese entonces por la Comisión Nacional del Medio Ambiente ("CONAMA"), que mediante Resolución Exenta N° 308/2006 de fecha 8 de febrero de 2006, resolvió recurso de reclamación interpuesto contra la Resolución Exenta N° 264/2005 ("RCA N° 264/2005"), de fecha 2 de noviembre de 2005, dictada por la COREMA; proyecto "Nuevo módulo para Recicladora y Refinadora de Residuos" DIA que fue aprobada por la COREMA, mediante su Resolución Exenta N° 104/2007 ("RCA N° 104/2007"), de fecha 10 de abril de 2007; y el proyecto "Módulo de Almacenamiento y Filtrado de Aceite" cuya DIA fue aprobada por la



Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta ("COEVA") mediante Resolución Exenta N° 228/2014 ("RCA N° 2014"), de fecha 22 de abril de 2014, constando todos con su respectiva permisibilidad ambiental (DIA). Estos proyectos individualizados previamente, constituyen una unidad fiscalizable denominada "Fábrica de ánodos insolubles de plomo", el cual comprende además el proyecto "Fábrica de ánodos insolubles de Plomo", que fue aprobado por la COREMA mediante Resolución Exenta N°121/2004 ("Res. Ex. 121/2004") cuyo titular es Industria Provedora de Partes Metalúrgicas Limitada, que junto a RECIMAT pertenecen al grupo de empresas Inppamet; el que consiste en el reciclado de desechos y productos residuales de plomo generados por la gran minería de cobre y baterías, en los que a través de procesos químicos se fabrican nuevos ánodos insolubles de plomo.

Con fecha 04 de marzo de 2016, se presentó una denuncia en contra de RECIMAT, la que está asociada a incumplimientos graves por presencia de plomo constatados por la Seremi de Salud, por cuanto el denunciado usaría un horno rotatorio distinto al autorizado y por una modificación a la trituradora de componentes de baterías usadas, lo que llevó a reemplazar la chancadora por una trituradora que emitiría aerosoles de ácido sulfúrico con contenido de plomo a la atmósfera.

Con fecha 20 de mayo de 2016, se informó al denunciante que se tomó conocimiento de los antecedentes de la denuncia, asignándole la ID 161-2016, junto con informar que se habían realizado actividades de fiscalización en las instalaciones de la empresa.

Con fecha 26 de febrero de 2016 se informó por la Seremi de Salud de ese entonces, doña Lila Vergara, que el servicio habría recepcionado una consulta por la Teletón de la ciudad de Calama, relativa a la clausura decretada por la autoridad, considerando que las instalaciones se encontrarían a menos de 800 metros de donde opera la empresa.

Con fecha 16 de agosto de 2016 la reclamante de autos, entregó información no contemplada en el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones ("ICSARA"), del proyecto "Complemento Módulo RAM Ltda.", solicitando que el servicio se pronunciara al respecto, ya que estas actividades estarían afectando la salud de la comunidad, argumentando entre otras cosas, que el referido proyecto se ingresó por medio de una DIA, en circunstancias que debía someterse a evaluación por medio de un Estudio de Impacto Ambiental. La presentación fue registrada bajo el ID 1073-2016.

Con fecha 17 de agosto de 2016, se informó que se realizó fiscalización por parte de la Seremi de Salud a RECIMAT y del sumario cursado, se le impuso finalmente una multa de 700 UTM. Se informó a la Seremi, que la presentación fue registrada con la ID 1081-2016.

Con fecha 04 de septiembre de 2019, un particular realizó otra denuncia contra RECIMAT por el "funcionamiento de horno de fundición de plomo". Se informó al 17 de septiembre de 2019, que la denuncia fue registrada bajo el ID 67-II-2019.

Cabe señalar, que se realizaron 4 actividades de fiscalización en las instalaciones de la empresa: los días 18 de febrero y 31 de mayo del año 2016 se llevó a cabo una fiscalización no programada, a la que concurrió personal de la Seremi de Salud de la Región de Antofagasta ("SEREMI") DFZ-2016-695II-RCA-IA; y, en los días 30 de marzo y 16 de abril de 2017, se llevó a cabo una fiscalización programada en la que también concurrió personal de la Seremi mencionada, y respecto de la cual se dejó constancia de lo obrado en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

Con fecha 24 de marzo de 2020, se inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-031-2020, en virtud del cual se formularon tres cargos al titular por actos u omisiones que constituyen infracciones conforme artículo 35 n) y a) de la LOSMA:

Cargo N°1: No haber contratado a Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental con autorización vigente para la realización del monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en el aire y monóxido de carbono, desde 2017 a la fecha. Hechos que constituyen infracciones al artículo 21 del D.S. N° 38/2013, a la Resolución Exenta N° 986 de 19 de octubre de 2016, y, en consecuencia, al art. 35 letra n) de la LOSMA.

Cargo N°2: No haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños a su emplazamiento desde el año 2017 a la fecha. Hechos que constituyen infracciones a la Adenda N°1 asociada a la RCA N°125/2004 del proyecto "Recicladora y refinadora de residuos mineros y metales no ferrosos" y, en consecuencia, al art. 35 letra a) de la LOSMA.

Cargo N°3: Deficiencias en la infraestructura de almacenamiento, las que consisten en la falta de bodegas de almacenamientos de sustancias peligrosas ni de lubricantes, y que las canaletas superficiales del patio de almacenamiento se encontraban sin rejilla de protección. Hechos que constituyen infracciones a la RCA N°125/2004, RCA N°121/2004, RCA N°104/2007 y, en consecuencia, al art. 35 letra a) de la LOSMA.

Con fecha 23 de marzo de 2020, mediante Res. Ex. N°518, se resolvió la suspensión de plazos en procedimientos sancionatorios en consideración de la contingencia sanitaria a raíz del Covid-19.

Con fecha 27 de marzo de 2020, la denunciada fue notificada personalmente de la formulación de cargos, de conformidad a lo dispuesto inciso 3° del artículo 46 de la Ley N° 19.880.

Posteriormente, mediante las Res. Ex. N° 548 y N° 575, de 30 de marzo y 7 de abril de 2020 respectivamente, se resolvió extender la comentada suspensión hasta el día 30 de abril del año en curso.

Con fecha 25 de mayo de dos mil veinte, la reclamada presentó un programa de cumplimiento, de conformidad a lo dispuesto Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (D.S. N°30/2012) y el artículo 42 de la LOSMA.

Luego, con fecha 27 de mayo de 2020 el Fiscal Instructor derivó los antecedentes del programa de cumplimiento al jefe de la División de Sanción y Cumplimiento para su evaluación, la que se tuvo por presentada con fecha 06 de julio de 2020.

Con fecha 03 de agosto de 2020, RECIMAT presentó un programa de cumplimiento refundido; formulándole la Superintendencia observaciones al mismo con fecha 20 de noviembre de 2020, mediante Res. Ex. N° 7/Rol D-031-2020. Posteriormente, con fecha 2 de diciembre de 2020, la denunciada presentó un nuevo programa de cumplimiento refundido.

Con fecha 06 de enero 2021, mediante la Res. Ex. N° 9/Rol D-031-2020, la Superintendencia aprobó el programa de cumplimiento finalmente presentado por RECIMAT.

Con fecha 17 de marzo de 2021, se le tuvo por notificado tácitamente al representante legal de la Junta de Vecinos, reclamante en estos autos.

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

## **II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:**

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

A fs. 1 y siguientes, consta que la Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19, RUT 73.684.600-4, representada por el abogado Sr. Sergio Chamorro Avilés, interpuso reclamación judicial ante esta magistratura con fecha 25 de marzo de 2021.

La reclamación judicial fue interpuesta en contra de la Resolución Exenta N°9/2021 de fecha 07 de enero de 2021, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el procedimiento sancionatorio Rol D-31-2020 aprobando PdC y suspendiendo procedimiento administrativo sancionatorio en contra de RECIMAT.

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

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto,
- b) Que se ordene la reapertura y continuidad del procedimiento sancionador administrativo.
- c) Que se condene en costas a la reclamada.

Además, en la presentación de fs. 37 y siguientes, el reclamante acompañó los siguientes documentos:

1. Mandato judicial otorgado por escritura pública.
2. Copia de Formulación de cargos Res. Ex. No 1/ROL D-031-2020.
3. Copia de Res. Ex. N° 9/Rol D-031-2020 que aprueba programa de

cumplimiento y suspende procedimiento administrativo sancionatorio en contra de procesadora de residuos industriales Limitada.

4. Copia de Res. Ex. N° 10, que resuelve presentación y provee lo que indica respecto a forma de notificación, de fecha 17 de marzo 2021.

A fs. 79, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 81 y siguientes, la parte reclamada, es decir, la Superintendencia del Medio Ambiente, representada por el Superintendente del Medio Ambiente, Sr. Cristóbal de La Maza Guzmán, quien a la vez otorga patrocinio al abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto, solicitó la ampliación del plazo para evacuar su informe, a lo que el Tribunal accedió por resolución de fs. 90.

A fs. 92 y siguientes, la Superintendencia del Medio Ambiente, evacúa informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación, declarando que la Resolución Exenta N°9/2021 de fecha 07 de enero de 2021 de la SMA es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

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

1. Copia digital del expediente administrativo objeto de autos ROL D-31-2020.
2. Certificado del Ministro de fe de esta Superintendencia, que acredita la autenticidad de las copias.

A fs. 1805, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido y por acompañados los documentos.

A fs. 1806, la Sra. Relatora de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 1807, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 06 de mayo de 2021.

A fs. 1809, y 1811 se anunciaron para alegar la parte reclamante y la reclamada respectivamente.

A fs. 1813, consta que este Tribunal se constituyó el día 06 de mayo de 2021 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-42-2021 caratulada "Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente".

A fs. 1814, se dejó constancia de los alegatos realizados por la parte reclamante, Sr. Sergio Chamorro Avilés y, por la parte reclamada, la Srta. Katharina Buschmann Werkmeister.

A fs. 1815, se certifica por la Sra. Relatora de este Tribunal que la causa se encuentra en estudio.

A fs. 1816, se decreta como Medida para Mejor Resolver, atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 29 de la Ley N°20.600, la Inspección Personal del Tribunal en las instalaciones de la empresa RECIMAT en la ciudad de Calama, para el día 27 de mayo de 2021.

A fs. 1822 y siguientes, se complementa la resolución de fs. 1816, en orden a señalar los lugares de encuentro y reunión de la medida para mejor resolver decretada en autos. De igual forma, el Tribunal encomienda la práctica de la medida para mejor resolver al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas junto al personal técnico del Tribunal, designándose como ministro de fe de la diligencia a la Relatora Sra. Marcela Godoy Flores.

A fs. 1834 y siguientes, y a fs. 1837 y siguientes, el reclamante y la reclamada, respectivamente, cumplen lo ordenado por el Tribunal en el marco de la Inspección Personal realizada. A fs. 1955 y 1956, el Tribunal tiene por acompañados los documentos y tiene presente lo indicado.

A fs. 1957 y siguientes, consta Acta de Inspección Personal efectuada en la presente causa en el marco de la medida para mejor resolver decretada en autos.

A fs. 1979, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal Ambiental.

A fs. 1980, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

#### **CONSIDERANDO:**

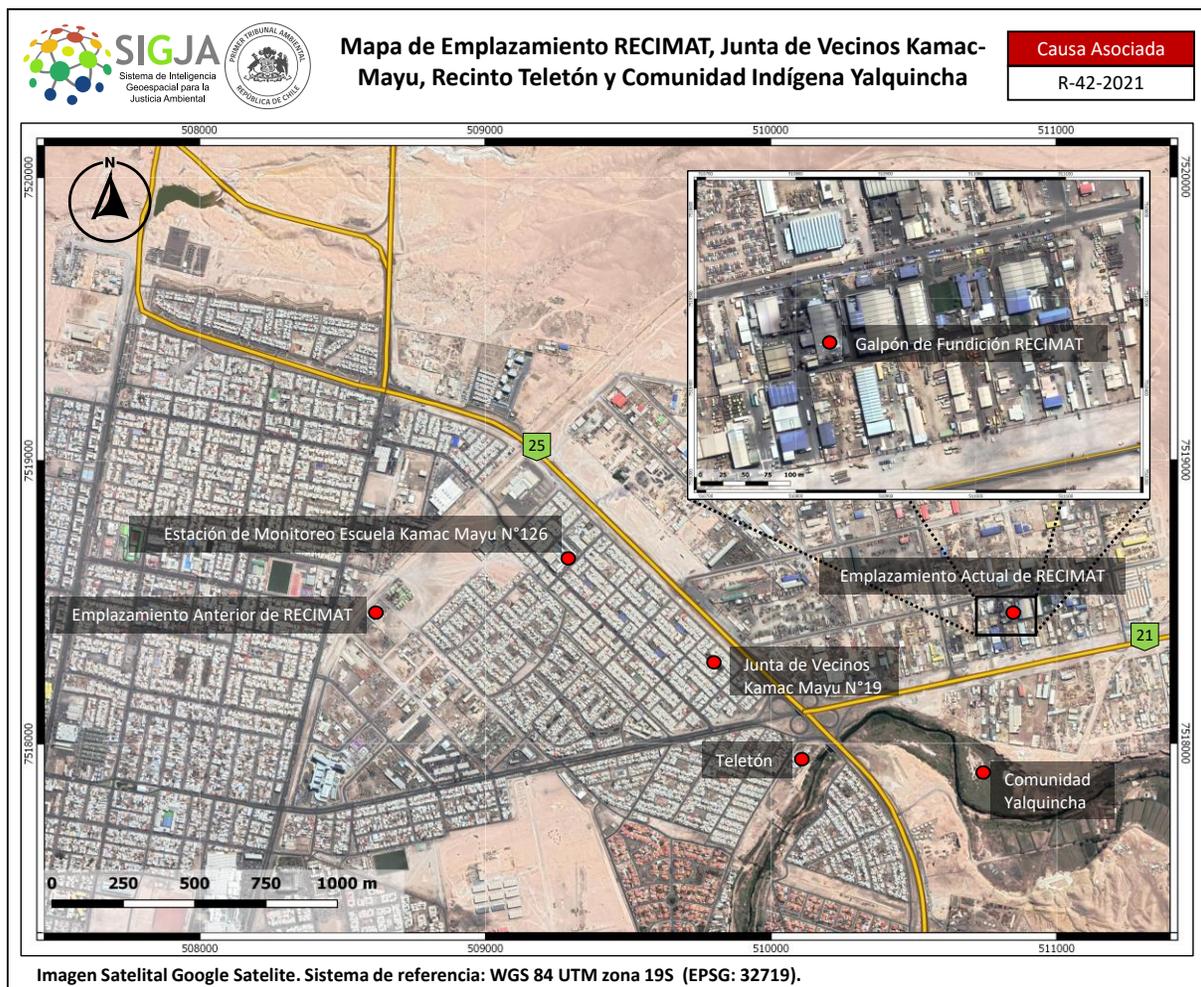
**Primero.** Que, conforme a los argumentos expuestos en las alegaciones de la parte reclamante y defensas de la parte reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, este Tribunal ha determinado como hechos controvertidos de la causa, los siguientes:

- i. Respecto a las Controversias asociadas al CARGO N°1, esto es, del no haber contratado a ETFA con autorización vigente para la realización del monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en el aire y monóxido de carbono, desde el año 2017 a la fecha.
- ii. Respecto a las Controversias asociadas al CARGO N°2, esto es, el no haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños a su emplazamiento desde el año 2017 a la fecha.
- iii. Supuesto Incumplimiento al Convenio N°169 de la OIT, por falta de consulta indígena.

**Segundo.** Que, para el tratamiento de las controversias de autos este Tribunal estima necesario presentar a modo de contexto, un mapa para efectos ilustrativos y de comprensión territorial de los tres cargos alegados y las cuestiones de fondo asociados a ellos, así como

la dimensión global del territorio en la ciudad de Calama y el sector de interacción o área de influencia entre las instalaciones productivas de la empresa RECIMAT con la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, la Estación de Monitoreo Escuela D-126, los sectores de máxima presencia de plomo en suelo, la Comunidad Indígena Yalquincha y el recinto Teletón, como se detalla a continuación.

**Figura 1:** Mapa de emplazamiento RECIMAT, Estación Monitoreo Escuela D-126, Junta Vecinos Kamac-Mayu, Recinto Teletón, Comunidad Indígena Yalquincha y emplazamiento anterior de RECIMAT en la ciudad de Calama.



Fuente: Elaboración propia en base a Expediente Administrativo y Judicial, causa R-42-2021.

**Tercero.** Que, como consta en la Reclamación a fojas 1 y siguientes y del Informe de la SMA a fojas 92 y siguientes, es relevante como contexto material y normativo indicar que la ciudad de Calama y su área circundante fue declarada como Zona Saturada por material particulado respirable MP10, según el Decreto Supremo N° 57 de fecha 20 de abril de 2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia ("DS N°57"), donde consta en su considerando 4° el estudio "Análisis de Calidad de Aire para MP-10 en Calama", de DICTUC S.A. de diciembre de 2008, que permitió establecer la delimitación de la zona saturada según los resultados de la modelación de calidad del aire y análisis de trayectorias, el desarrollo de la ciudad y actividades económicas, futuros de expansión y la situación geográfica y meteorológica de la zona de la ciudad de Calama y sus alrededores en su totalidad, tanto urbanas como rurales.

A su vez, el considerando 5° indica que el objetivo de las normas primarias de calidad ambiental es la protección de la salud de las

personas, y por su parte, que la Declaración de Zona Saturada es condición necesaria para la elaboración de un Plan de Descontaminación Atmosférica de la ciudad de Calama y su área circundante, cuyo Anteproyecto fue aprobado por Resolución Exenta N° 0496 de fecha 17 de mayo de 2019, instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad recuperar los niveles señalados en las normas primarias de calidad ambiental de una zona saturada.

**Cuarto.** Que, por otro lado, se debe precisar la definición de Programa de Cumplimiento (PdC) según el artículo 2° literal g) del DS N°30/2012, que Aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, definiéndolo como aquél "Plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique". Así también se reconoce que la presentación de un PdC exige el pronunciamiento expreso de la SMA debiendo atenerse a criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, conforme al artículo 9° del mismo Decreto, en relación al artículo 42 de la ley N°20.417, y que a continuación se pasan a detallar.

**Quinto.** Sobre el tema en análisis, es pertinente tener presente que la norma citada, regula el PdC en cuanto a su definición, oportunidad y procedencia, así como los efectos de su aprobación y ejecución. También, en específico, el artículo 9° del DS N°30/2012, señala que "La Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento deberá atenerse a los siguientes criterios:

- a) Integridad: Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos.
- b) Eficacia: Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.
- c) Verificabilidad: Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

En ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios.

La Superintendencia se pronunciará respecto al programa de cumplimiento y notificará su decisión al infractor. En caso de ser favorable, la resolución establecerá los plazos dentro de los cuales deberá ejecutarse el programa y, asimismo, deberá disponer la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio. En caso contrario, se proseguirá con dicho procedimiento".

**Sexto.** Respecto al criterio de integridad, se ha indicado que "[...] comprende una doble dimensión, aquella referida a que el PdC debe comprender todos los cargos contenidos en la Formulación de Cargos ("FDC") y, aquella que comprende cada cargo en particular. En esta última dimensión, se entiende que debe considerar tanto las acciones y metas para asumir el hecho infraccional como sus efectos, ambas dimensiones, han sido confirmadas por los Tribunales Ambientales" (Hervé, Dominique y Plumer, Marie, Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento

ambiental: El caso del Programa de Cumplimiento, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°245, 2019, p.34).

Agregan las autoras, refiriéndose al mismo criterio, que "es más bien un criterio formal, de carácter cuantitativo, que se expresa en determinar si el PdC presentado cumple o no con presentar acciones y materias respecto de todas y cada una de las infracciones de la FDC, como asimismo de sus efectos, sin ser relevante la calidad o efectividad de dichas acciones, lo que debe analizarse en el criterio de eficacia".

Asimismo, respecto del criterio de eficacia indican que es "[...] el criterio de mayor complejidad, dado los múltiples tipos infraccionales posibles. Efectivamente, en este criterio también debe considerarse el binomio "infracción-efecto", en el sentido que el PdC debe hacerse cargo de ambos. En todo caso, en materia de efectos, parece otorgarse un margen mayor de discrecionalidad a la autoridad, en cuanto no exige que producido un efecto a propósito de la infracción, en el marco del PdC éste deba ser necesariamente eliminado, ya que podría aceptarse la contención y reducción como un mínimo. Lo anterior, se deduce simplemente del tenor literal del artículo 9° del DS N° 30/2012, que indica [...] así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción". Es decir, no se trataría de requisitos copulativos. Cuestión distinta es lo que se refiere al hecho infraccional, ya que pareciera que allí no hay margen mayor. Efectivamente, el PdC debe asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental infringida".

**Séptimo.** En este sentido y a modo complementario estos sentenciadores estiman del todo necesario, revisar criterios jurisprudenciales respecto de las materias en discusión, como se pasa a detallar, los que son aplicables para los puntos controvertidos 1 y 2 del presente fallo, sin perjuicio de lo que en cada controversia en particular se resolverá por este Tribunal.

**Octavo.** La sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-75-2015 "Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente", resolvió en el considerando "Trigésimo segundo. Que, dicha interpretación es concordante con el texto expreso del artículo 9 del reglamento, que establece que el criterio de integridad exige que '[...] las acciones y metas del programa deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y sus efectos'. Una interpretación en contrario, que entendiera 'por infracciones en que se ha incurrido' la exigencia de que solo podrían formar parte de un programa de cumplimiento aquellas infracciones cuya responsabilidad estuviera ya acreditada, no sería correcta. Lo anterior, porque ello supondría que al presentarse o aprobarse un programa de cumplimiento el regulado estaría aceptando la responsabilidad en los hechos, lo que no se condice con el efecto aparejado al rechazo o incumplimiento del programa, que es la reanudación del procedimiento sancionatorio en la etapa de descargos y prueba, situación que no sería procedente si se entendiera que optar por el programa de cumplimiento implicaría aceptar responsabilidad".

**Noveno.** Por su lado, la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-153-2017 "Velozo Rencoret, Hugo Rafael y otros con Superintendente del Medio Ambiente", estableció en su considerando "Octogésimo sexto. Que, como ha sostenido el Tribunal en el

considerando undécimo de la sentencia dictada en la causa de Rol R-160-2017, '[...] los criterios para aprobar un PdC confirman que este instrumento se estructura en función de retornar a un estado de cumplimiento, para así proteger al medio ambiente. En otras palabras, los señalados criterios se dirigen no sólo a asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, sino que también a que el administrado se haga cargo en su programa de los efectos de su incumplimiento. Es de tal importancia el cumplimiento de este binomio norma-efecto, que el estatuto reglamentario en su inciso 2° del artículo 9° establece una prohibición de carácter general, para evitar las consecuencias que se puede seguir de la aprobación de programas defectuosos, prescribiendo que: En ningún caso se aprobará programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios'."

**Décimo.** Así también, la Sentencia del mismo Tribunal, en causa Rol R-132-2016 caratulada "León Cabrera, Andrés Alejandro con Superintendencia del Medio Ambiente", determinó en su considerando "Cuadragésimo quinto: Que, por todo lo anterior, se hace necesario que el titular describa los efectos que se derivan de los hechos, actos u omisiones que fueron parte de la formulación de cargos. Para el caso que estime que ellos no concurren, deberá señalar las razones de su ausencia, con un nivel de detalle que dependerá de las características del caso concreto, lo que debe ser determinado por la SMA. Sólo si cuenta con una correcta descripción de los efectos, se podrá precisar si las acciones y metas propuestas en el programa de cumplimiento cumplen con la obligación de 'reducir o eliminar' dichos efectos, satisfaciendo, de esta manera, los criterios de integridad y eficacia".

**Undécimo.** Así también, el Primer Tribunal Ambiental en causa rol R-17-2019 acum. R-18-2019 y R-19-2019 denominada "Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente" en su considerando "Vigésimo sexto. Que, la presentación de un PdC exige el pronunciamiento expreso de la Superintendencia del Medio Ambiente debiendo atenerse a criterios de integridad, eficacia y verificabilidad. Por otra parte, la SMA no podrá aprobar programas de cumplimiento cuando el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción o perseguir un fin manifiestamente dilatorio. La autoridad administrativa podrá solicitar, fundadamente, los informes que juzgue necesarios a los organismos sectoriales con competencia ambiental. En efecto, la resolución que aprueba un PdC deberá establecer los plazos de ejecución y dispondrá la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio.". Prosigue en su considerando "Ducentésimo décimo: Que, de conformidad a lo dispuesto en dicho cuerpo reglamentario, así como en la "Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental", dictada por la SMA el año 2018, la SMA tiene la tarea de asegurar que dicha propuesta cumpla con los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad, de manera que si estos no se verifican, debe rechazar el PdC y, por consiguiente, reiniciar el procedimiento sancionatorio."

**Duodécimo.** Que, por otro lado, para este Tribunal es fundamental la mirada sistémica e integradora de la aplicación del Derecho Ambiental y en particular del rol preventivo del Estado para garantizar el

Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como se ha expresado por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia causa Rol N°5888-2019, en su considerando octavo: "Que, conforme a lo expuesto, la labor de la Superintendencia del Medio Ambiente debe ser entendida en el contexto, más amplio, de la normativa destinada a cautelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, en consecuencia, sus atribuciones y facultades no pueden ser comprendidas como restringidas y limitadas, exclusivamente, a la fiscalización y sanción de las conductas transgresoras vinculadas con actividades que hayan sido sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por el contrario, y considerando, en especial, la naturaleza de derecho público de las normas que regulan el quehacer del señalado ente, que señalan cuáles son sus atribuciones y que definen el modo en que puede ejercerlas, calidad que implica que tales disposiciones rigen in actum, forzoso es concluir que la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra obligada, por así disponerlo el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, a fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar el medio ambiente, con independencia de si las mismas han sido sometidas previamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puesto que, en la perspectiva del deber de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que recae sobre el Estado, sus funciones no se pueden ver constreñidas, de manera artificial, por una exigencia de esa clase, máxime si por intermedio de semejante determinación se podría omitir la realización de las conductas necesarias para salvaguardar el medio ambiente de daños ya producidos o se podría abordar su solución con una mirada ajena a la que es propia del derecho medio ambiental".

**I. Respecto a las controversias asociadas al Cargo N°1 esto es, el no haber contratado a un ETFA con autorización vigente para la realización del monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en el aire y monóxido de carbono, desde el año 2017 a la fecha.**

**Decimotercero.** Sobre este punto la reclamante señaló que la ilegalidad del acto recae por la aprobación de un acto jurídico o material que es contrario al ordenamiento jurídico, ya que la SMA habría aprobado el mencionado PdC en abierta contradicción a lo establecido en la Constitución Política de la República, Ley N°19.300, DS N°59/1998, DS N°61/2008, DS N°57/2009, DS N°136/2001, como fue alegado en estrado. Agregó que durante todo el procedimiento sancionatorio no se solicitó informes de otros servicios públicos relevantes como por ejemplo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena ("CONADI").

**Decimocuarto.** Por otro lado, señaló que el órgano reclamado tampoco se habría ajustado a los reglamentos y a otras disposiciones aplicables al caso. Además, las acciones aprobadas no lograrían satisfacer los criterios de integridad, eficacia, ni verificabilidad, ya que la infracción sí generaría efectos negativos por la ausencia de validez de resultados de medición del componente aire. Debido al mismo motivo,

no podría acreditarse el cumplimiento de las acciones y metas.

**Decimoquinto.** Sostuvo la Reclamante que el PdC es ilegal fundamentándose en los siguientes hechos:

1° Que, la Estación de Monitoreo "Escuela Básica D-126", no permitiría obtener resultados válidos de medición del componente aire por incumplir con las indicaciones del artículo 8° del DS N°59/1998.

2° Que, para descartar los efectos negativos la empresa habría omitido que la ciudad de Calama fue declarada zona saturada por MP-10, y que, a su vez, la SMA al aprobar el PdC no ponderó las actuales condiciones de la comuna, en cuanto a su saturación.

3° Que, el "Informe modelación de dispersión de contaminantes atmosféricos" que sirvió como suministro para descartar efectos negativos al cargo N°1, carece de todo sustento científico, ya que se utilizó en una DIA que fue desistida por el titular y donde se había desestimado por autoridades comunales en dicho procedimiento.

4° Que, el PdC no se hace cargo de graves irregularidades del actual emplazamiento de la empresa, estando instalada en cercanías de la reclamante, Teletón y Comunidad Yalquincha.

**Decimosexto.** Por su parte, la SMA señaló que las alegaciones planteadas por la reclamante carecen de fundamento y deben ser rechazadas. Indica que en cuanto al criterio de integridad el PdC contiene ocho acciones y metas para hacerse cargo de todas las infracciones y sus efectos.

**Decimoséptimo.** En cuanto a la eficacia, el órgano estatal señala que estas acciones y metas deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, esto es, procurar un retorno al cumplimiento ambiental y la mantención de esa situación y, además, el presunto infractor debe adoptar las medidas para contener y reducir, o eliminar, los efectos negativos de los hechos que constituyen infracciones; respecto del cargo N°1 la empresa contratará y efectuará el monitoreo de calidad de aire mediante un ETFA; respecto del cargo N°2, realizará el estudio de plomo en suelo y remitirá los resultados de la actividad desarrollada el año 2017; y del cargo N°3, se subsanarán las deficiencias en la infraestructura de almacenamiento.

**Decimoctavo.** En relación a la verificabilidad la SMA consideró que el PdC incorpora medios de verificación idóneos y suficientes, que aportan información exacta y relevante para evaluar el cumplimiento de cada una de las acciones propuestas, las que guardan armonía y sentido con los indicadores de cumplimiento respectivos.

**Decimonoveno.** Prosiguió la SMA señalando que constató que los informes de seguimiento relativos a los monitoreos de calidad del aire y mediciones isocinéticas fueron realizados por la empresa CORDAY Ingeniería y Medio Ambiente, que no posee certificación para realizarlos de acuerdo a lo observado por Seremi de Salud, por lo que no fueron considerados por la SMA, y se le encargó a dicha Seremi el análisis de monitoreos de calidad del aire y mediciones isocinéticas, correspondiente al periodo comprendido entre los años 2013 al 2015,

concluyendo la autoridad sanitaria que no existieron excedencias de acuerdo a los compromisos establecidos en la RCA N°125/2004 por parte del titular. A su vez el órgano reclamado señaló que le formuló cargo al titular por haber realizados las mediciones con una empresa no ETFA.

**Vigésimo.** Se indica además que el PdC contempló tres acciones en este punto: contratar a un ETFA, realizar cuatro campañas de monitoreo de MP10 y monóxido de carbono; y una acción alternativa. La empresa descartó efectos negativos ya que, respecto a la calidad del aire en Calama, los resultados medidos para CO (monóxido de carbono) y Pb (plomo) en material particulado, indican valores que son un 10% inferiores a los límites establecidos en las respectivas normas primarias, y respecto de los valores asociados a MP10, se evidencia una mejoría gradual.

**Vigésimo primero.** En relación a los informes y las alegaciones de la reclamante, la SMA sostuvo que:

En cuanto a la 1° subalegación indicó que la reclamante sustenta sus alegaciones solo en fotografías, sin acreditar sus dichos y sin acompañar ningún antecedente que acredite lo indicado. Además, la Resolución N°4.134/2004 del 27 de septiembre de 2004, emitido por el Servicio de Salud de Antofagasta, siendo ésta la entidad encargada de calificar la representatividad poblacional de las estaciones de monitoreo.

En cuanto a la 2° subalegación El informe de emisiones presentado por la empresa considera en su análisis la calidad del aire de Calama. El capítulo 3.2. considera el Inventario de Emisiones MP10 y considerando que la totalidad de las fuentes de la ciudad de Calama, incluida RECIMAT, corresponden al 1,27% del total de las emisiones en el área saturada, que totalizan 37.098 t/año, las emisiones de MP10 consideradas para RECIMAT corresponden al 0,009% de las emisiones totales, y el 0,72% de las emisiones de las fuentes de la ciudad.

En cuanto a la 3° subalegación la empresa complementó el análisis que había efectuado por medio del documento citado, que formaba parte de la DIA que había sido desistida por la misma, donde destaca que aún en un escenario hipotético donde RECIMAT duplica su capacidad de procesamiento de baterías, el efecto sobre los receptores no sería significativo.

En cuanto a la 4° subalegación no es de competencia de la SMA valorar la forma en que se evalúan ambientalmente los proyectos. Lo que si se ponderó por parte de la SMA fue la infracción del titular que pudo haber generado efectos negativos a la salud de las personas, lo cual, fue descartado.

**Vigésimo segundo.** Que, este Tribunal entiende que a través de las Declaraciones de Impacto Ambiental aprobadas le es obligación al titular del proyecto, en este caso RECIMAT, cumplir con toda la normativa ambiental vigente, conforme lo indica la Ley N°19.300 en su artículo 2° literal f), en concordancia con lo indicado en el artículo 19 del DS N°40/2012 sobre contenidos mínimos de la DIA, y artículo

63 sobre Calificación ambiental favorable de la Declaración, donde se señala expresamente que el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, lo que involucra las Normas de Calidad vigentes esto es, DS N°59/1998 sobre Monitoreo de Calidad del aire de Material Particulado Respirable (MP10) y DS N°136/2000 sobre Monitoreo de concentración de plomo en el aire, y DS N°115/2002 sobre Monitoreo niveles de concentración de Monóxido de carbono en el aire; como se expresa en la RCA de RECIMAT N°125/2004 que aprueba el proyecto "Recicladora y refinadora de residuos mineros y metales no ferrosos" y N°121/2004 que aprueba el proyecto "Fábrica de ánodos insolubles de Plomo" de Industria Proveedoradora de Partes Metalúrgicas Limitada, conformando ambas empresas el grupo Inppamet.

**Vigésimo tercero.** Por su lado, según el artículo 2° de la LOSMA señala expresamente que la SMA tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las RCA, las medidas de los Planes de Prevención y/o Descontaminación, el contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la Ley. Ello en concordancia con el artículo 3° literal ñ) sobre directrices técnicas de carácter general y obligatorio, incluyendo los sujetos de fiscalización, los que deberán aplicar el examen, control y medición del cumplimiento de las Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

**Vigésimo cuarto.** Asimismo, el artículo 16 de la LOSMA sobre Fiscalización Ambiental, le encomienda a la SMA, en sus literales a) y b) los programas y subprogramas de sectoriales de fiscalización de las RCA respectivamente, y en los literales c) y d) los programas y subprogramas de fiscalización de Planes de Prevención y/o Descontaminación, y los literales e) y f) los programas de fiscalización de las Norma de Calidad y Normas de Emisión respectivamente. En tal sentido, le es obligación a la SMA la supervigilancia del cumplimiento de dichos instrumentos de gestión ambiental, de manera integral, sistémica y coherente con el ordenamiento jurídico vigente, en función del Deber del Estado sobre el resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de garantizar dicho derecho a la sociedad en su conjunto.

**Vigésimo quinto.** Así las cosas, previo a resolver, es necesario precisar algunos conceptos y definiciones contenidas en el DS N°59/1998 que establece la Norma de Calidad Primaria para material particulado respirable MP10, que establece en su artículo 1° literal f) "Estación de monitoreo de material particulado respirable MP10 con representatividad poblacional (EMRP): Una estación de monitoreo podrá clasificarse como EMRP si se cumplen simultáneamente los siguientes criterios: i) que exista al menos un área edificada habitada en un círculo de radio de 2 km, contados desde la ubicación de la estación; ii) que esté colocada a más de 15 m de la calle o avenida más cercana, y a más de 50 m de la calle o avenida más cercana que tenga un flujo igual o superior a 2.500 vehículos/día. [...]".

**Vigésimo sexto.** Esta misma Norma precisa que para efectos del emplazamiento de un colector de muestras de MP10 en una EMRP, se deben considerar los siguientes aspectos, que versan en el artículo 8° literal c) "Obstrucciones espaciales: i) Si el monitor es colocado

sobre un techo o sobre otra estructura similar, entonces debería estar mínimo a 2 m de distancia de la pared más cercana, de una casa o cualquier otro obstáculo vertical; ii) Es aconsejable que los colectores estén a una distancia de aproximadamente 10 veces la altura del obstáculo mayor que esté en la misma dirección del viento.[...] v) La posición de un colector debe ser tal, que permita un área libre de obstáculos que proporcione a lo menos un arco de 270° para poder recolectar libremente y sin restricciones las muestras de MP10”.

**Vigésimo séptimo.** Que, para los efectos de la revisión del Cargo N°1, el PdC estableció como Meta “Realizar por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA) con autorización vigente el monitoreo de material particulado MP-10, concentración de plomo en Material Particulado y monóxido de carbono” y contempla las siguientes acciones, que se estimaron aptas para el retorno al cumplimiento de la normativa ambiental:

Acción N°1: Contratar ETFA con autorización vigente para elaborar las 4 campañas de monitoreo de calidad del aire: material particulado respirable MP-10, concentración de plomo en MP-10 y monóxido de carbono en un año calendario (año 2021);

Acción N°2: Ejecución de las 4 campañas de monitoreos de material particulado respirable MP-10, concentración de plomo en MP-10 y monóxido de carbono, del año 2021; y,

Acción N°3: Acción alternativa en caso de no poder ejecutar la Acción N°1, procederá a realizar las actividades de muestreo, análisis y/o medición mediante entidad autorizada por un organismo de la Administración del Estado, por el Instituto Nacional de Normalización o por una empresa con experiencia en la realización de dichas actividades”.

**Vigésimo octavo.** Que, a la luz de los antecedentes del expediente administrativo y judicial, como de la inspección personal del Tribunal a la zona de emplazamiento del proyecto RECIMAT y su área de influencia respecto de la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, Teletón y Comunidad Indígena Yalquincha; en relación a la aplicación de los criterios de aprobación del PdC según el artículo 9 del DS N°30/2012 (integridad, eficacia y verificabilidad) y su relación con los artículo 1° y 8° del DS N°59/1998, DS N°136/2000, DS N°57/2009, incluyendo las exigencias y compromisos de las propias RCA N°125/2004 y N°121/2004, respecto del cargo N°1 estos sentenciadores procederán a analizar las acciones propuestas por RECIMAT en su PdC y aprobadas por la SMA luego de 4 versiones de dicho instrumento, con el fin de determinar si estas cumplen o no con las exigencias legales ya citadas, en una mirada sistémica e integral de la normativa ambiental que le aplica a la Unidad Fiscalizable en comento.

**Vigésimo noveno.** Respecto de la revisión y análisis del cumplimiento del criterio de integridad, donde las acciones y metas propuestas en el PdC deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos, se evidencia de la revisión de los antecedentes asociados a la Estación de Calidad del Aire Escuela Kamac-Mayu, incumplimientos normativos y de operaciones de fondo, tanto respecto de ubicación, operación en toma de muestras por entidad ETFA sin autorización vigente, para el monitoreo y debida validez de la reportabilidad en los compromisos ambientales respecto de MP10,

Plomo y CO según se obligan en la RCA N°125/2004, cuyo fin es resguardar el objeto de protección ambiental calidad del aire y con ello la salud de la población de la ciudad de Calama, en particular para la zona donde se emplaza la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, Teletón y Comunidad Indígena Yalquincha, más cercanas a las actuales instalaciones industriales de RECIMAT.

**Trigésimo.** Por su parte, el informe justificativo para descartar efectos (capítulo 3.2) considera el Inventario de Emisiones MP10 y donde se argumenta que los aportes de RECIMAT, corresponden al 0,009% del total de las emisiones en el área saturada en Calama. Sin embargo, dichos argumentos no tendrían sustento técnico, al apoyar dicha aseveración en información de una EMRP que presenta deficiencias en su emplazamiento, operación y reportabilidad de monitoreo por una entidad no acreditada por el SMA, más aún cuando el foco del análisis se centra en MP10, en circunstancias que lo esencial para la empresa RECIMAT es el monitoreo acabado y exhaustivo de plomo en la atmosfera, según el DS N°136/2001 y su efecto acumulativo en el suelo y la población a que se compromete en la propias RCA N°125/2004, cuestiones poco claras y sin rigor científico a la luz de su seguimiento y fiscalización, tanto por la Autoridad Sanitaria como por la SMA, de acuerdo a los que se explicará más adelante.

**Trigésimo primero.** En este sentido, centra su análisis en lo que significó la falta de cumplimiento de la normativa en la operación de la Estación de monitoreo de la calidad de aire MP10 Escuela Kamac-Mayu, según artículo 1° literal f) punto ii) del DS N°59/1998, que exige que la EMRP esté colocada a más de 15 m de la calle o avenida más cercana, situación que en los hechos no ocurre, por cuanto dicha estación está a menos de 10 metros de la calle Chañarcillo, como se apreció en la inspección personal por este Tribunal y puede observarse en la imagen Google Earth siguiente.

**Fotografía N° 1:** Vistas de la Estación de Monitoreo de calidad del Aire en techo Escuela Kamac Mayu.



Fuente: Fotografía tomada por el Primer Tribunal Ambiental en Acta de Inspección Personal, referida a figura 16 del Informe Fiscalización DFZ-2016-695-II-RCA-IA.

**Figura 2:** Emplazamiento de Estación de Monitoreo de Calidad del Aire Escuela D-126 Kamac-Mayu y detalle de distancia a calle Chañarillo, distancia y ángulo libre de obstáculos.



**Fuente:** Elaboración propia en base a Expediente Administrativo y Judicial causa R-42-2021.

**Trigésimo segundo.** Asimismo, se incumple el artículo 8° literal c) sobre Obstrucciones espaciales en los puntos ii) y v) del DS N°59/1998, ya que la Estación tiene sus colectores a una distancia de 6 metros aproximados, menor a 10 veces la altura del obstáculo mayor (pared del galpón que se ubica al sur poniente de la Estación) como se observa en la Figura N°2 y Fotografía N°1, lo que obviamente obstaculiza por la dirección y circulación del viento; como a su vez, la posición del colector no cumple el requisito de tener un área libre de obstáculos que proporcione a lo menos un arco de 270° para poder recolectar libremente y sin restricciones las muestras de MP10. Hechos detectados y plasmados en los expedientes de Fiscalización DFZ-2016-695-II-RCA-IA, y observados en la visita inspectiva del Tribunal.

**Trigésimo tercero.** Que, a mayor abundamiento, es la propia profesional técnico de SMA Sra. Cortez, quien indica "que lo que le interesa al órgano reclamado es que no se emita un volumen de contaminantes por parte de la empresa que pueda afectar a la población. En este sentido, el análisis isocinético resulta mucho más importante para el aporte en calidad de aire, ya que, en la estación de la Escuela, jamás se va a poder medir la calidad del aire, ya que la estación no cumple los estándares, está mal ubicada, debido que, con el transcurso del tiempo, la estación no cumple con la representatividad y estándar respecto del ángulo 270°, pero si se

puede saber el impacto en el aire en los estudios isocinéticos que realiza la empresa en la planta”.

**Trigésimo cuarto.** En este orden de ideas, más allá de la Resolución Exenta N°4.134/2004 del Servicio de Salud de Antofagasta, que en su momento autorizó la Estación de Monitoreo Kamac-Mayu; esta misma entidad es quien expresa respecto del estudio denominado “Informe modelación de dispersión de contaminantes atmosféricos” que sirve como suministro para descartar efectos negativos al cargo N°1, corresponde a un informe incorporado a la DIA denominada “Proyecto complemento módulo RAM” y que fue desistido por el Titular el 11 de mayo del año 2018, debido que, como sostuvo la SEREMI de Salud (ORD N°552 del 10 de mayo de 2018): “que sus aspectos técnicos no han sido debidamente presentados o abordados, existiendo dudas razonables respecto de la estimación de los posibles impactos y las medidas de control que pudieran ser necesarias, no siendo posible en consecuencia, descartar que este proyecto no generará riesgo para la salud de la población”. (...) “en conclusión, la información presentada por el titular no permite ponderar adecuadamente los posibles impactos en materia del aire, asociado a las emisiones de plomo del proyecto, no siendo posible descartar la generación de riesgo a la salud de la población debido a las emisiones del proyecto”.

**Trigésimo quinto.** De igual manera, el mismo DS N°59/1998 en su artículo 6° obliga al Servicio de Salud respectivo mediante resolución fundada, a aprobar la clasificación de una estación monitorea de material particulado respirable como una EMRP, de acuerdo a las condiciones establecidas en la definición que se indica en el artículo 1° de la norma citada. Donde, además precisa que las condiciones de cumplimiento para tal clasificación deberán ser evaluadas nuevamente en la etapa de recopilación de antecedentes para la declaración de una zona como saturada (que es la situación de Calama, según el DS N°57/2009 y que atañe a la empresa RECIMAT y sus compromisos ambientales) o latente y en la etapa de revisión periódica de los planes de descontaminación o de prevención (que es la situación actual de Calama según Resolución Exenta N°0496 del 17 de mayo de 2019 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba anteproyecto del Plan de Descontaminación Atmosférica para dicha ciudad y su área circundante). [...] Así, para cada EMRP el Servicio de Salud competente deberá indicar una estimación de la población expuesta, en valor absoluto y como porcentaje de la población total expuesta en la zona saturada y la identificación del área geográfica específica.

**Trigésimo sexto.** A mayor abundamiento, las acciones y metas planteadas para abordar el cargo N°1 del PdC aprobado por la SMA evidencian una clara falta de integración y abordaje sistémico del control normativo por parte de RECIMAT y la SMA, respecto de sus compromisos adquiridos en virtud de la RCA N°125/2004 y su relación con la RCA N°121/2004, evidenciando a la luz de los antecedentes, que es materialmente imposible hacerse cargo de los efectos ante la ausencia de una ETFA acreditada en el muestreo, con la medición y análisis de información de una Estación de Monitoreo que no cumple los estándares básicos para el control de MP10, CO y en especial Plomo como ha quedado de manifiesto, siendo imposible dar certeza científica razonable a preguntas básicas del monitoreo de la calidad del aire MP10, CO y en particular plomo, como por ejemplo: ¿Cuál fue y es el comportamiento multitemporal de la contaminación por MP10, CO y Plomo en el área de

influencia del proyecto en su operación a distintos horarios del día, en distintos meses y estaciones del año?, ¿cómo ha sido su evolución a lo largo de los años respecto del Plomo y atendiendo la condición de Zona Saturada de la ciudad de Calama?, etc., lo que obviamente viola el criterio de integridad del artículo 9° del DS N°30/2012.

**Trigésimo séptimo.** Que, respecto del criterio de Eficacia, esto es que las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción; se evidencia que las acciones N° 1, 2 y 3 del PdC aprobado, no aseguran volver al cumplimiento de la normativa infringida; ni contienen, ni reducen ni eliminan los efectos de los hechos que constituyen la infracción de falta de monitoreo y seguimiento ambiental por ETFA no acreditada y certificada; esto ligado al hecho que dicha entidad no advirtió que la Estación de Monitoreo de Calidad del aire Escuela Kamac-Mayu no cumple los estándares de la normativa vigente del DS N°59/1998 y del DS N°136/2001, lo que no permite en los hechos obtener resultados válidos de medición del componente aire; sumado al hecho que el "Informe modelación de dispersión de contaminantes atmosféricos" carece de sustento científico ya que la DIA "Proyecto complemento módulo RAM" en la que fue presentado, fue desistida por el titular, y en consecuencia no ha sido validado por la autoridad sanitaria.

**Trigésimo octavo.** Que, la RCA N°125/2002 en su numeral 6.4. Emisión de Gases y Material Particulado, señala que "las actividades del Proyecto no generarán emisiones de gases y material particulado a la atmósfera en concentraciones mayores a las establecidas en la legislación vigente o que puedan ocasionar un riesgo a la salud de las personas", y que dicho objetivo "se logra, en el horno rotativo, por medio de un sistema de extracción y captación de gases y material particulado, el cual posee una cámara de post-combustión, para completar la combustión de los gases, un enfriador, un precipitador por gravedad y un sistema de filtros de mangas, cuya memoria de cálculo se presenta en el Anexo 7 de la DIA". Además, de precisar la realización de un "monitoreo isocinético semestral" de las emisiones o material particulado producido por las chimeneas.

**Trigésimo noveno.** Asimismo, se señala que "Con relación a emisiones fugitivas en el anexo 7 de la DIA se presentaron los planos y memoria de cálculo del sistema de extracción y captación de gases y material particulado, el que incorpora tanto el sistema de extracción directo del horno rotatorio, como el confinamiento de los gases fugitivos con su respectivo sistema de extracción y filtrado, además de las campanas, conductos, sistemas de enfriamiento de gases y filtros".

**Cuadragésimo.** Sin embargo, en los hechos respecto de la operación y funcionamiento de RECIMAT, para reciclar y refinar residuos mineros y metales no ferrosos, incluyendo baterías que contienen plomo, se tiene antecedentes del expediente administrativo y judicial sobre denuncia realizada por el Señor Wilfredo Edgar Laos Pérez presentada el 4 de marzo de 2016 a la SMA, concerniente a las emisiones atmosféricas (fojas 147). Lo anterior en razón de la sanción establecida en la Res. Ex. N°142 de fecha 13 de enero de 2016, de la Seremi de Salud, quien decretó la medida sanitaria de "prohibición de funcionamiento", toda vez que entre los aspectos relevados en acta de inspección, en la

ocasión, se constató que los resultados de plomo arrojaron rangos 11,45 veces superiores al límite permitido, en el área de barra 43,6 veces, el área de grúa 7,2 veces, y en el sector de la fundición sobre 19 veces, constituyendo así, un conjunto de incumplimientos graves asociados a la salud de los trabajadores (Fojas 129). En este sentido, la Seremi de Salud resolvió el sumario sanitario N°18-2016, mediante Res. Ex. N°2459, instancia en la que se aplicó una multa de 700 Unidades Tributarias Mensuales al titular (Fojas 273).

**Cuadragésimo primero.** De igual forma, se apreció en visita inspectiva del Tribunal al proyecto, que el horno rotatorio (donde se funden los materiales con plomo), genera gases fugitivos que no son capturados por el sistema de extracción y filtrado, ni contenidos en la campana externa del horno (sistema de protección y contención de gases del proceso de fundición) lo que se aprecia en el hollín de las paredes externas del sistema de campana, como se observa en la fotografía N°2. Además, la infraestructura del galpón presenta evidentes aberturas en el techo, el cual no está debidamente sellado o encapsulado para evitar la fuga al ambiente de los gases fugitivos emanados del proceso de fundición, lo que imposibilita contenerlos y confinarlos dentro del recinto; y que si bien se desconoce el contenido contaminante de dichos gases, al menos es plausible inferir que contienen presencia de MP10, Plomo y CO, que deben ser abatidos y obviamente debidamente monitoreados, tanto con las mediciones isocinéticas semestrales comprometidas en la planta, como con la Estación de Calidad del aire Escuela Kamac-Mayu, la cual como se indicó no cumple hasta la fecha el estándar de la normativa vigente.

**Fotografía N°2:** Vista de planta de fundición, hornos y cucharas.



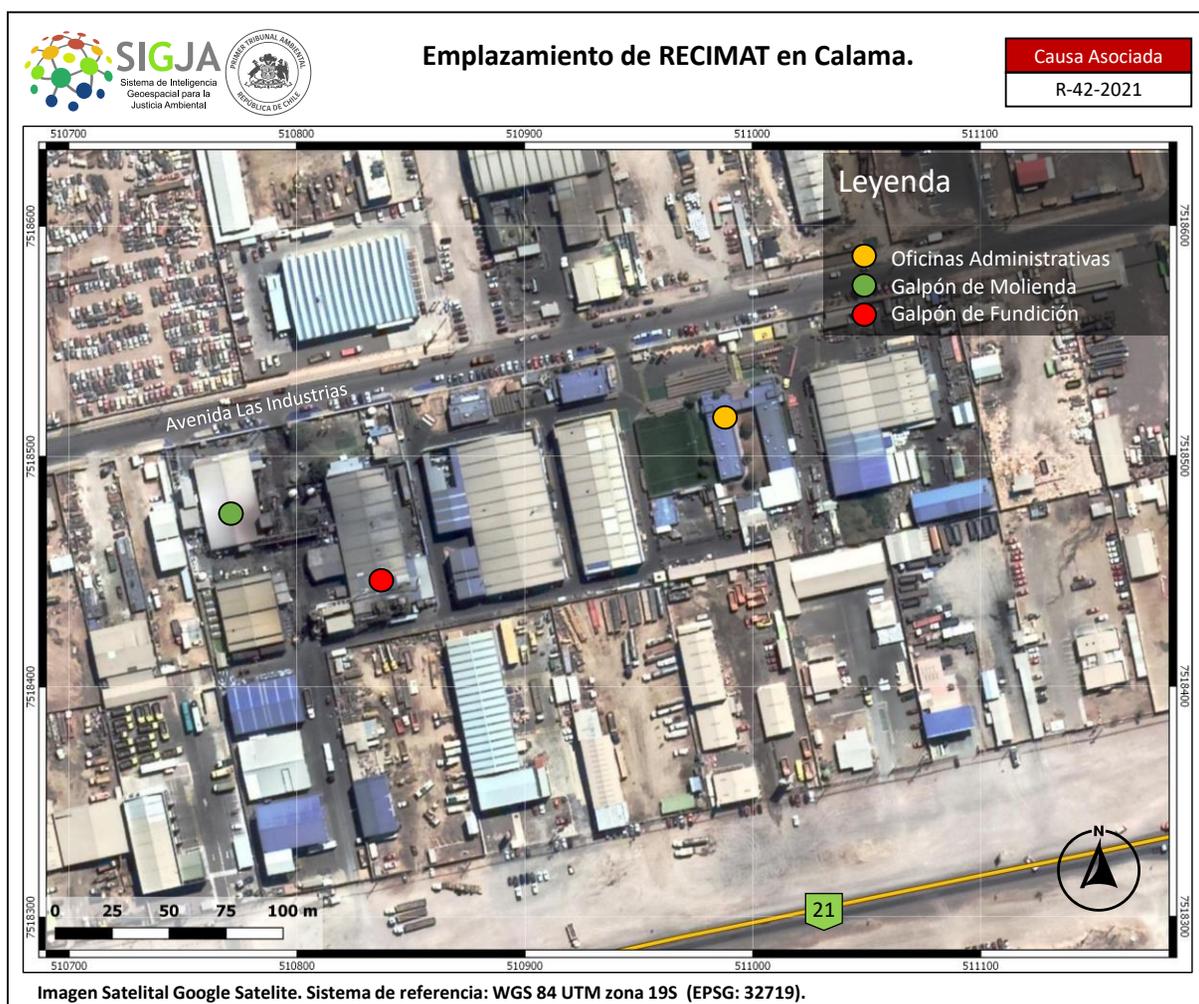
Fuente: Fotografía tomada por el Primer Tribunal Ambiental en Acta de Inspección Personal.

**Cuadragésimo segundo.** De igual manera, del mero y simple análisis de los Mapas de concentración de plomo en el suelo (figuras N°5 y N° 6) se aprecia eventuales efectos de contaminación por concentración de plomo en el área de emplazamiento, tanto en las anteriores y en las actuales instalaciones de la Planta RECIMAT, situación que pudiese estar relacionada con los contaminantes atmosféricos derivados del

proceso de fundición y la falta de captura de emisiones fugitivos.

**Cuadragésimo tercero.** Asociado a lo anterior, una visualización en la visita inspectiva y de la imagen Google Earth de la zona de emplazamiento y operación de RECIMAT, se aprecian techumbres e infraestructura con colores más opacos, lo que puede estar dando cuenta de la salida de material y gases fugitivos sin la debida captura y contención de contaminantes (MP10, CO y Plomo) del proceso de fundición de baterías u otros materiales, lo que sumado al hecho de no contar con ETFA acreditada y Estación de Monitoreo de Calidad del aire que cumpla la normativa vigente, resultaría un incumplimiento a los compromisos ambientales de las RCA N°121/2004 y RCA N°125/2004, en orden a que "las actividades del Proyecto no generarán emisiones de gases y material particulado a la atmósfera en concentraciones mayores a las establecidas en la legislación vigente, o que puedan ocasionar un riesgo a la salud de las personas".

**Figura 3:** Imagen Google Earth de emplazamiento actual de RECIMAT en Sector Puerto Seco de la ciudad de Calama.



Fuente: Elaboración propia, en base al Expediente Judicial en base a ubicación actual de RECIMAT.

**Cuadragésimo cuarto.** La situación anterior respecto a la falta de encapsulamiento del Galpón de trabajo donde operan los hornos rotatorios y el sistema de campana, es sumamente delicada por cuanto, por un lado no genera un sistema eficiente de captura completa de gases contaminantes producto de la fundición de los hornos, ya que el sistema de extracción y captación de gases y material particulado que posee una cámara de post-combustión para completar la combustión de los gases, además de un enfriador y un precipitador por gravedad,

junto con un sistema de filtros de mangas, no permite capturar el 100% de los gases fugitivos y por tanto las mediciones isocinéticas que se hacen semestralmente pueden estar arrojando información subestimada de dichos gases contaminantes emitidos del proceso.

**Cuadragésimo quinto.** En segundo lugar, se generan gases fugitivos que van directamente al ambiente debido a que el techo del galpón tiene evidentes aberturas en las inmediaciones del horno (Fotografía N°2), sumado a que se cuenta con una Estación de Calidad del aire comprometida por el titular mediante las RCA N°125/2004 y N°121/2004, la que no cumple con las exigencias mínimas de las Normativas Primarias de Calidad DS N°59/1998 y del DS N°136/2001. A esto se suma que los informes, mediciones y análisis han sido realizados por una entidad No acreditada no cumpliendo así con lo dispuesto en el DS N°38/2013 sobre Reglamento de ETFA y Res. Ex N°986/2016 de la SMA, genera una situación de incertidumbre y riesgo no tolerable para resguardar la Calidad del aire y la salud de la Población en el área de influencia de RECIMAT.

**Cuadragésimo sexto.** En este sentido, llama la atención a estos sentenciadores, por qué la SMA no ha exigido a RECIMAT abordar diligentemente las medidas técnicas, constructivas y operativas que permitan dar absoluto confinamiento a los gases fugitivos emanados del horno rotativo y su campana, a fin de evitar que dichos elementos contaminantes se dispersen al medio ambiente afectando la calidad del aire y poniendo en riesgo la salud de la población de Calama.

**Cuadragésimo séptimo.** Por otro lado, el DS N°136/2001 que establece Norma de Calidad Primaria para Plomo en el aire, en su artículo 1° señala que tiene por objetivo proteger la salud de la población del país y en particular la población infantil, de aquellos efectos crónicos y crónicos diferidos generados por la exposición a niveles de concentración de plomo en el aire. Mientras que en su artículo 5° expresa que el muestreo de material particulado se deberá efectuar a lo menos una vez cada 3 días, precisando en su artículo 6° que se considerará como valor de concentración anual válido, aquel determinado a partir de mediciones realizadas durante a lo menos 11 meses.

**Cuadragésimo octavo.** Lo anterior, está directamente relacionado con la exigencia del artículo 7° del DS N°136/2001 que señala que "El Servicio de Salud respectivo, mediante resolución fundada, que deberá publicarse en el Diario Oficial, aprobará la clasificación de una estación de monitoreo de plomo EMPB, de acuerdo a las condiciones establecidas en la definición que se indica en el artículo 2° de la presente norma.

El Servicio de Salud respectivo deberá tener a disposición de la ciudadanía los datos sobre los niveles anuales de concentración de plomo en aire, los que serán públicos.

Las estaciones de monitoreo deberán ser evaluadas y reclasificadas, si se considera pertinente, en la etapa de recopilación de antecedentes para la declaración de una zona saturada o latente y en la etapa de revisión periódica de los planes de descontaminación o de prevención. De igual manera, se procederá a esta evaluación o reclasificación cuando la Comisión Nacional del Medio Ambiente lo solicite o el Servicio de Salud respectivo lo disponga".

**Cuadragésimo noveno.** En esta línea, el artículo 9° de dicha Norma de Calidad, señala que "Para efectos de determinar los lugares prioritarios, dentro del país, en que se deberá instalar redes de monitoreo a fin de evaluar el cumplimiento de la presente norma, deberá considerarse los siguientes antecedentes: 1. Cantidad de población urbana expuesta; 2. Presencia de desarrollos industriales significativos emisores de plomo o de acopios de minerales, transporte, carga y descarga de los mismos o residuos que contengan plomo; [...]" entre otras consideraciones; cuestión que sería propia de la naturaleza del proyecto RECIMAT que procesa Plomo en la ciudad de Calama.

**Quincuagésimo.** Que por su lado, el enfoque del compromiso ambiental de la RCA N°125/2004 sobre la materia, en su punto 6.4 Emisiones de Gases y Material Particulado, letras a), b) y c) y su relación a las Normas de Calidad Primaria DS N°59/1998, estipula que el monitoreo de calidad del aire durante el primer año corresponderá a cuatro campañas anuales con representación estacional de un mes de duración cada una, situación que se repite y asimila para el supuesto cumplimiento de los DS N°136/2002 y DS N°115/2002; especificándose que para el caso de la Norma de Calidad Primaria de Plomo en el aire, que "se compromete a realizar análisis de plomo en los filtros que se obtengan en las mediciones de material particulado respirable MP-10. La frecuencia de monitoreo será de cuatro campañas de monitoreos anuales".

**Quincuagésimo primero.** Que para estos sentenciadores, esta situación llama poderosamente la atención, por cuanto las Normas Primarias de Calidad, constituyen instrumentos de gestión ambiental que busca proteger la salud de la población, en términos mucho más estrictos que lo enunciado en las RCA N°121 y 125/2004, instrumentos de gestión ambiental que a su vez deben supeditarse a cumplir dicho estándar, situación que en los hechos no ha sido cumplido por RECIMAT, ni puede ser subsanado conforme a las metas y actividades propuestas en el PdC para volver al cumplimiento normativo respecto del cargo N°1.

**Quincuagésimo segundo.** De los antecedentes tenidos a la vista, como de la inspección personal del Tribunal, llama la atención de estos sentenciadores, la falta de debida coordinación entre la SEREMI de Salud y SEREMI de Medio Ambiente de Antofagasta con la SMA, a fin de que la empresa RECIMAT establezca y opere la Estación de Monitoreo de calidad del aire de la Escuela Kamac-Mayu, conforme los estándares y exigencias de las Normas de Calidad Primaria DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002, en apego al DS N°57/2009 que Declara Zona Saturada a la ciudad de Calama y su área circundante, y a la Resolución Exenta N°0496 del año 2019 que aprueba el Anteproyecto de Plan de Descontaminación Atmosférica de Calama.

**Quincuagésimo tercero.** A mayor abundamiento, respecto de lo razonado por RECIMAT y la SMA al aprobar las metas y acciones del cargo N°1, en orden a entender que el compromiso adquirido mediante el considerando 6.4 de la RCA N°125/2004 sobre Emisión de Gases y Material Particulado en relación con el DS N°59/1998, solo se refiere a la entrega de información parcializada la que puede ser registrada y reportada en un orden distinto al sentido de darle sistematicidad y regularidad al proceso de muestreo, lo que a juicio de estos sentenciadores, resulta a lo menos un contrasentido respecto del

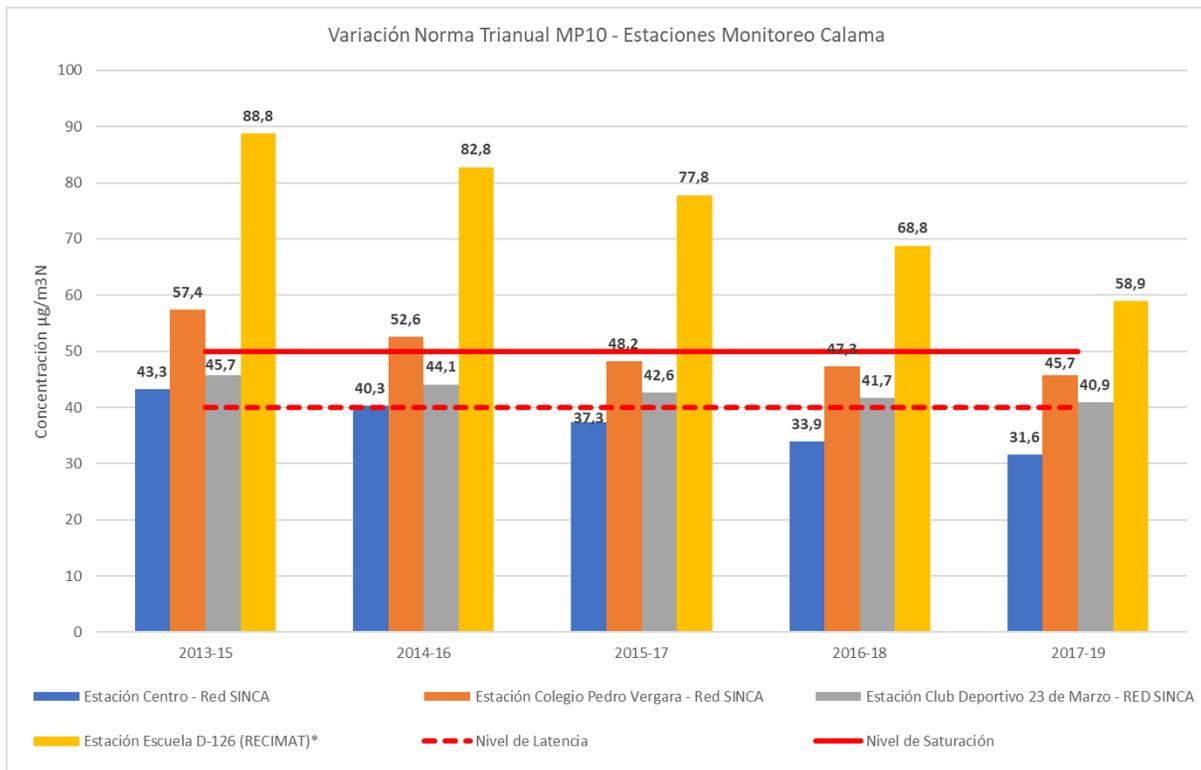
verdadero alcance del monitoreo de la calidad del aire, según se desprende del expediente de evaluación ambiental.

**Quincuagésimo cuarto.** En las RCA N°121/2004 y 125/2004 quedó consignado la realización de 4 monitoreos de calidad del aire MP10, CO y Plomo para el primer año, de un mes de duración cada uno y con representación estacional; entendiéndose estos sentenciadores que en los años siguientes se debe apegar al cumplimiento del estándar exigido en los DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002. A la luz de este razonamiento, este Tribunal no visualiza que en esa u otra instancia técnico-administrativa o por la propia SMA, se haya resuelto limitar el monitoreo de la calidad del aire en la Estación Kamac-Mayu a la opción de realizar 2 monitoreos en meses continuos, lo que en la práctica daría pie a un monitoreo semestral (2 veces al año), cambiando la naturaleza del mismo, ni menos a la ausencia de muestro específico y particular para el contaminante Plomo según las exigencias del DS N°136/2002, entendiéndose que se trata de un proyecto que funde y procesa dicho material, el cual es altamente contaminante y peligroso para la salud de la población.

**Quincuagésimo quinto.** Que, por otro lado RECIMAT se apoya en argumentos del Anexo 1 del PdC sobre Informe de Emisiones y Calidad del Aire de Calama, en el cual se utilizan los datos de calidad del aire extraídos de información disponible en el Sistema de Información Nacional de Calidad del Aire (SINCA) del Ministerio de Medio Ambiente, tanto de la red de monitoreo en línea como de la información histórica disponible, además de la información recolectada en las campañas de monitoreo realizadas por ella en la estación localizada en la Escuela Básica D-126 Kamac-Mayu.

**Quincuagésimo sexto.** Del citado informe del Anexo 1 del PdC se extraen análisis y conclusiones de los datos y gráficas que se presentan en la Figura N°4 siguiente, los cuales evidentemente no cuentan con un estándar y rigor científico conforme lo estipulan los DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002, y por lo demás el parámetro MP10 para la estación Kamac-Mayu sigue estando sobre el límite normativo de zona saturada de 50  $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ .

Figura N° 4: Variación trianual MP10 en Calama, incluyendo Estación Escuela Básica Kamac-Mayu D-126 (color amarillo).



**Fuente:** Modificado del Expediente Administrativo y Judicial en base al Anexo 1 PdC: Informe de Emisiones y Calidad del Aire de Calama.

**Quincuagésimo séptimo.** Sin embargo, existe un serio cuestionamiento por la falta de validez científica de los datos de Calidad del Aire del SINCA, siendo la propia Contraloría General de la República la cual en su Informe de Investigación Especial N° 622-2017 sobre ausencia de un Plan de Descontaminación Atmosférica para la Ciudad de Calama, ha cuestionado la validez de dicha información, la que "verificó que durante el periodo 2013 - 2017 la evaluación de la norma de calidad de aire para material particulado respirable MP10, en la ciudad de Calama, no fue priorizada por parte del Ministerio de Medio Ambiente, debido a lo cual la Superintendencia del ramo no consideró su seguimiento". Lo que se suma a que la Estación de monitoreo de calidad del aire Escuela Kamac-Mayu, opera fuera de norma DS N°59/1998, N°136/2002 y N°115/2002, incluyendo la medición y análisis por entidad ETFA no acreditada.

**Quincuagésimo octavo.** Por lo anterior, del informe no se podría concluir tajantemente como lo insinúa RECIMAT y la SMA, que respecto de los niveles de calidad del aire no existe riesgo para la salud de la población, ya que: (i) estos niveles actualmente monitoreados de CO y Pb en MP10, se encuentran en niveles inferiores al 10% del valor normado de 40 µg/m³N como máximo para Nivel de Latencia y de 50 µg/m³N como máximo para Nivel de Saturación; y, (ii) respecto al MP10, que se haya evidenciado una mejoría gradual; ya que como se aprecia en la gráfica anterior de datos de 3 estaciones de monitoreo, incluidas Escuela Kamac-Mayu -que opera fuera de normativa- superan los umbrales de latencia y en particular la mencionada estación supera permanentemente los umbrales de Saturación para MP10, de los cuales no es posible inferir cumplimiento de la Norma de Calidad DS N°136/2001 de Plomo en el aire.

**Quincuagésimo noveno.** Así las cosas, de la revisión del informe técnico que da cuenta de un análisis en relación al cumplimiento normativo de la Estación de Calidad del aire y la entidad ETFA para

su operación de muestreo, medición y análisis de información de contaminantes atmosféricos MP10, CO y Plomo, no se observa el mínimo rigor técnico-científico, por cuanto los elementos técnico-normativos y estándares mínimos de emplazamiento y operación de dicha estación no son cumplidos, lo que se suma al hecho que la entidad que realizó dicha medición y análisis no contaba con las acreditaciones exigidas por la autoridad. De este modo, estos incumplimientos no pueden ser subsanados con las actividades 1°, 2° y 3° del PdC, pudiendo incluso constituirse en una zona indebidamente monitoreada respecto de la Calidad del aire, y de la cual se hace imposible el descarte de "efectos" en la contaminación del aire y el riesgo de afectación a la salud de la población por MP10, CO y en particular por Plomo.

**Sexagésimo.** De esta manera, estos sentenciadores evidencian la falta de sustento científico para descartar los efectos negativos de la infracción en la calidad del aire y los riesgos a la salud de la población de Calama, al menos en los sectores de la Junta de Vecinos Kamac Mayu, Teletón y comunidad indígena Yalquincha, siendo insuficiente el descarte que hace RECIMAT y la SMA con el informe "Análisis y estimación de Efectos Ambientales Cargo N°1", ya que carece de rigor y sustento científico sobre la real situación de contaminación atmosférica en Calama y el área de influencia de RECIMAT, así como del real seguimiento y monitoreo de la calidad del aire para los parámetros MP10, CO y Plomo, según las propias exigencias de las RCA N°125/2004 y N°121/2004.

**Sexagésimo primero.** A lo anterior, se suma la omisión y falta de la debida incorporación, análisis y ponderación del hecho que la comuna de Calama se encuentra declarada Zona Saturada por MP-10, según el DS N°57/2009 y que cuenta con un Anteproyecto del Plan de Descontaminación Atmosférica de la Ciudad de Calama y su área Circundante, aprobado por Resolución Exenta N°0496 del 17 de mayo de 2019 (fojas 1201).

**Sexagésimo segundo.** Por otro lado, para estos sentenciadores, a lo menos es reprochable la conducta de la SMA sobre RECIMAT, de no advertir en un periodo extremadamente prolongado (desde el año 2016 a la fecha) la inobservancia de sus compromisos ambientales referido al monitoreo de la calidad del aire en los términos establecidos en las RCA N°121/2004 y N°125/2004, como del cumplimiento de la normativa ambiental vigente como lo son las Normas de Calidad Primaria DS N° 59/1998 y DS N° 136/2001 en los términos antes analizados.

**Sexagésimo tercero.** Lo anterior se condice en las conclusiones de la SMA sobre los hechos constatados en literales d), e), f), g) y h) derivadas del informe de fiscalización del año 2016 (DFZ-2016-695-II-RCA-IA) donde la SMA da cuenta de inconsistencias en el monitoreo comprometido en la RCA N°125/2004; lo que nuevamente se concluye sobre los hechos constatados en literales b), c), y d) del Informe de Fiscalización Ambiental del año 2017 (DFZ-2017-149-II-RCA-IA), donde nuevamente se advierte inconsistencias en el monitoreo y en su reportabilidad según las exigencias de las RCA N°121/2004 y N°125/2004.

**Sexagésimo cuarto.** Según da cuenta el expediente administrativo, no fue hasta el año 2020 que se da inicio por parte de la SMA al procedimiento sancionatorio (Res. Ex. N°1/Rol D-031-2020), formulándose cargos, en específico el Cargo N°1. Esto da cuenta a

juicio de este Tribunal de un accionar no oportuno por parte del órgano estatal, ya que dejó los objetos de protección ambiental como la calidad del aire y la salud de la población sin un debido estatus de monitoreo y protección, situación que se mantiene hasta el día de hoy, sin ser subsanado con el actual PdC aprobado, por cuanto este vulnera los decretos supremos de Normas Primarias de Calidad, como el propio DS N°30/2012.

**Sexagésimo quinto.** En este orden de ideas, debió haber existido por parte de la SMA un accionar más oportuno y diligente, en debida coordinación con la Autoridad Sanitaria de Antofagasta, que hubieren permitido visualizar en etapas tempranas hechos tan relevantes como el cumplimiento de los DS N°59/1998 y DS N°136/2001, críticos para la ciudad de Calama y que a la fecha generan un incumplimiento por parte de RECIMAT de la normativa ambiental vigente, más allá de las propias exigencias explícitas de Monitoreo de la calidad del aire por MP10, CO y Plomo en la ciudad, en particular en el área de influencia del proyecto.

**Sexagésimo sexto.** Que, para estos sentenciadores, las Metas y Acciones N° 1, 2 y 3 del PdC aprobado para abordar el Cargo N°1, no logra cumplir el criterio de eficacia, ya que de la constatación de los hecho infraccionales y sus efectos que datan al menos del año 2017, y que solo el año 2020 como consecuencia de la presentación del PdC, se pretendan materializar algunas acciones concretas para el debido resguardo del bien jurídico a proteger como la calidad del aire y la salud de la población de Calama; con el monitoreo por entidad ETFA acreditada, pero sin subsanar elementos críticos y esenciales como el cumplimiento de los estándares normativos mínimos de la Estación de Monitoreo Kamac-Mayu, considerando además que se está en una zona declarada como saturada desde el año 2009 y con un Anteproyecto aprobado de Plan de Descontaminación el año 2019.

**Sexagésimo séptimo.** Que, respecto del criterio de Verificabilidad, estos sentenciadores, y dados los análisis anteriores, también estiman que la aprobación del PdC en este aspecto no cumple un estándar básico, ya que carece de datos de base válidos respecto de análisis multitemporal (concentraciones anuales de contaminantes MP10, Plomo y CO), como de los mecanismos y metodologías idóneas y pertinentes para asegurar la acreditación del cumplimiento futuro por parte del titular, lo cual va mucho más allá del mero reporte de las mediciones de MP10, Plomo y CO, si no de un seguimiento y análisis sistémico y sistemático de la información de potenciales contaminantes del aire, que pueden poner en serio riesgo y peligro la salud de la población de Calama, en particular aquella ligada al área de influencia del proyecto.

**Sexagésimo octavo.** Por tanto, las acciones y metas del programa de cumplimiento propuesto y aprobado, no contienen los mecanismos que permitirían al titular volver al cumplimiento de la normativa ambiental incumplida, en tanto no existen los elementos mínimos que permitan dar verificabilidad al PdC planteado respecto del cargo N°1 y su relación integral y sistémica de protección de la calidad del aire y la salud de población, como objetos fundamentales que permiten garantizar el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de preservar la naturaleza para los reclamantes y habitantes de la ciudad de Calama.

**Sexagésimo noveno.** Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores estiman que las medidas asociadas al cargo N°1, son insuficientes y no cumplen con el estándar de exigencia del artículo 9° del DS N°30/2012 sobre los criterios de Integridad, Eficacia y Verificabilidad para aprobar el Plan de Cumplimiento de RECIMAT; por tanto, esta alegación de la reclamante será acogida.

**II. Respecto a las controversias asociadas al Cargo N°2 esto es, el no haber remitido los resultados asociados al programa de muestreos de suelo en sectores aledaños a su emplazamiento desde el 2017 a la fecha.**

**Septuagésimo.** En cuanto a las controversias suscitadas respecto a este cargo, la reclamante cuestiona el estudio de suelo realizado el año 2017, el cual concluye que la infracción no generó efectos, por cuanto éste:

1° Fue elaborado por una profesional contratada por RECIMAT.

2° Arroja datos que pueden resultar graves para la salud de la población al contrario de los que se arrojan en el informe de fiscalización. Sostiene que las concentraciones de plomo en las calles se deben a que la superficie de toda la comuna está cubierta por partículas volcánicas que se mezclaron con depósitos de lluvias, en circunstancias que dicha tesis debe ser analizada por un organismo público competente o terceros independientes para determinar las condiciones del suelo en la comuna de Calama.

3° Se considera la magnitud del aporte del tráfico vehicular y la existencia de actividad ilícitas como quema de baterías, cables y neumáticos. Sin embargo, la empresa titular también es foco de contaminación en el suelo de la comuna.

4° En cuanto a los muestreos outdoor de plomo que concluye que se encuentran en rangos aceptable, se indica por el reclamante que para la Organización Mundial de la Salud ("OMS") toda exposición mínima al plomo es un peligro para la salud de la población, por lo que no existen rangos aceptables. Si bien está correcto para la norma chilena, esta información debe cruzarse con la carencia de un Plan de Descontaminación para Calama, por lo que no puede prosperar la acción N°4.

**Septuagésimo primero.** Por su parte la SMA indicó que en la Adenda N°1 el titular comprometió la realización de un programa de muestreo de suelos en los sectores aledaños que incorporase una caracterización para plomo que no fueron remitidos al sistema de seguimiento ambiental. Sin embargo, la SMA y Seremi de Salud realizaron mediciones concluyendo que los puntos que presentaron mayores concentraciones de plomo no son los más cercanos a RECIMAT, concluyendo que no se observó una clara relación entre la presencia de plomo con dicha actividad e indicando que ninguno de los valores obtenidos superó la norma de suelos peligrosos de la US-EPA; aun cuando el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-149-II-RCA-IA indicó que se superó el valor de referencia de la norma canadiense para la protección del medio ambiente

y la salud humana, teniendo este un estándar de referencia en la norma más elevado que el de la evaluación ambiental de RECIMAT.

**Septuagésimo segundo.** No obstante, lo anterior, la SMA alega que, en las acciones exigidas en el PdC a la empresa, se le solicitó que analizara los efectos negativos derivados de la infracción. Se precisa por el órgano estatal que la evaluación ambiental no definió condiciones ni metodologías mínimas para la realización del estudio, por lo que la obligación se agotaría con su presentación a la SMA.

**Septuagésimo tercero.** Agrega el reclamado que el PdC contempla las acciones 4 y 5 que abordan este cargo, las que consisten principalmente en remitir el estudio de plomo comprometido y la realización de un estudio de suelo de los alrededores de la planta. En cumplimiento de la acción 4, la empresa remitió al Sistema de Seguimiento Ambiental el estudio de plomo en el suelo de Calama realizado el año 2017, el cual fue utilizado para descartar efectos negativos producto de la infracción. De acuerdo a las conclusiones de este las acciones comprometidas son adecuadas para regularizar la situación de incumplimiento y permitir una adecuada fiscalización de la actividad del titular.

**Septuagésimo cuarto.** Prosigue el reclamado indicando que respecto a la:

1° subalegación, no se exigió ninguna metodología para la realización del mismo, sino solo un programa de muestreo de suelos en sectores aledaños que incorporase caracterización para plomo y utilizase la norma Suiza como referencia, la acción 5, consistente en un nuevo estudio elevando así el estándar, por lo que se abordaría la eventual parcialidad del informe de la acción 4.

2° subalegación, señala que pese a la utilización de la norma Suiza para suelo no se verifican superaciones normativas.

3° subalegación, no existe una clara relación entre la presencia de plomo en el suelo con la actividad de RECIMAT.

4° subalegación, que respecto a los muestreos outdoor de plomo, éstos dan cuenta que los controles se encuentran en rangos aceptables.

**Septuagésimo quinto.** Que estos sentenciadores, respecto a las controversias asociadas al Cargo N°2 procederán a analizar el cumplimiento normativo de la Ley N°19.300, la existencia de norma ad hoc, las exigencias de las RCA N°125/2004 y N°121/2004, y el artículo 9 del DS N°30/2012 respecto de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad para la aprobación de las medidas y metas propuestas en el PdC.

**Septuagésimo sexto.** Que, para efectos de los elementos de análisis se sustenta que la Meta asociada al Cargo N°2, correspondía a dar cumplimiento íntegro al compromiso estipulado en la Adenda N°1, RCA N°125/2004 mediante la realización y entrega de un programa de muestreo de suelos en sectores aledaños que incorpore la caracterización para plomo. Así mismo, la acción 4 comprende remitir a la SMA el estudio de plomo en suelo en la comuna de Calama, realizado en 2017; y la

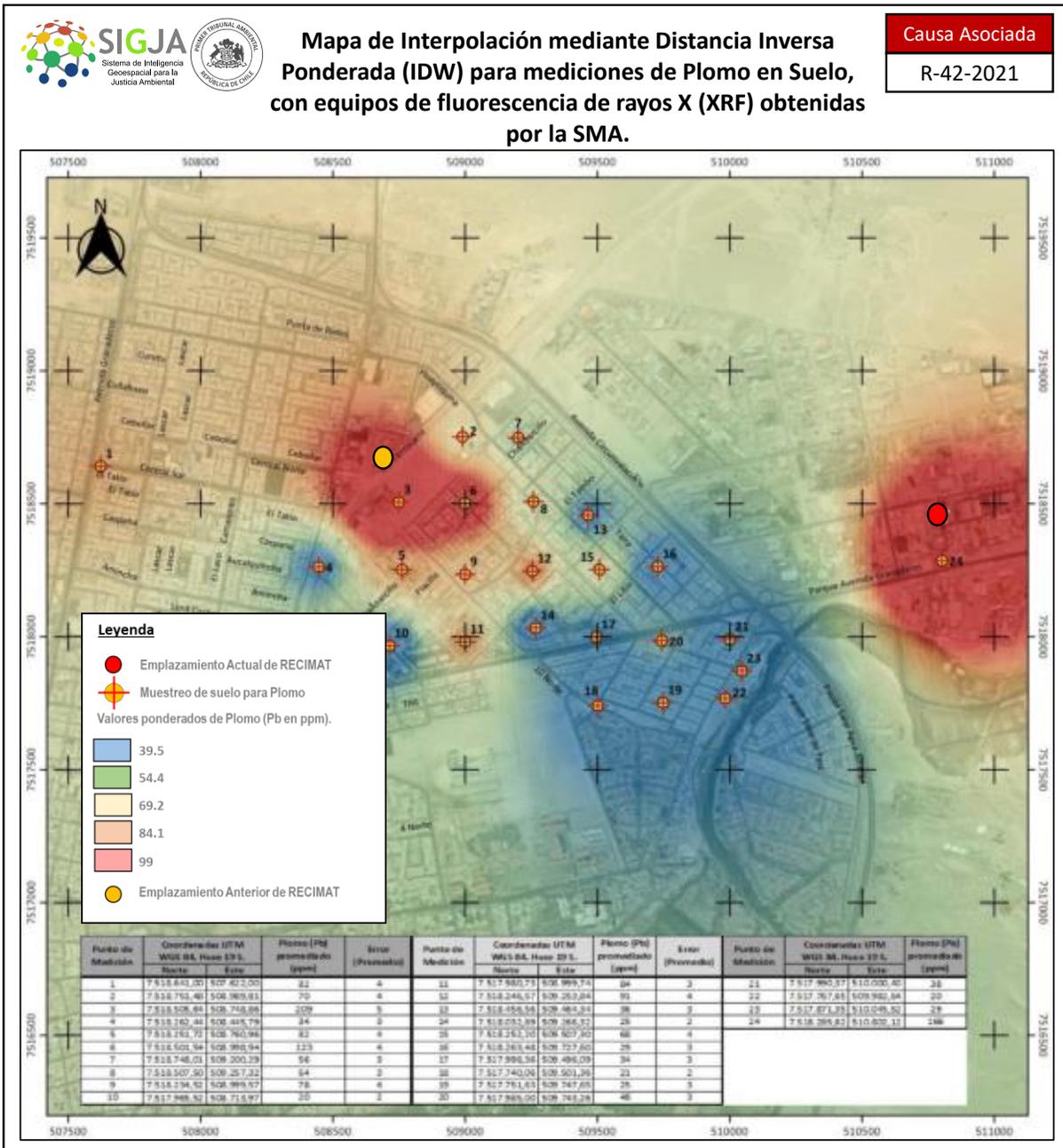
acción 5 consistía en realizar un estudio de plomo en suelo en los alrededores de la planta en la comuna de Calama en sectores aledaños que incorporara caracterización para dicho elemento.

**Septuagésimo séptimo.** Que, respecto del componente suelo la RCA N°125/2004 en su Adenda N°1, se señala "En los capítulos 5 y 7 de la DIA original se presentaron los antecedentes para determinar que el proyecto no requiere presentar un Estudio de Impacto Ambiental. En la siguiente tabla, se presenta en detalle el artículo 6 del Reglamento con sus respectivas consideraciones y evaluaciones correspondientes: [...] El proyecto, adicionalmente a su monitoreo de calidad del aire, realizará voluntariamente un programa de muestreo de suelos en sectores aledaños que incorpora caracterización para plomo. Se tomará como referencia la norma Suiza para suelo que establece una cantidad máxima de 300 mg/Kg de plomo".

**Septuagésimo octavo.** Que, de los antecedentes administrativos y judiciales se informa que en la actividad de fiscalización de fecha 6 de abril de 2017, funcionarios de la SMA y de la Seremi de Salud, Región de Antofagasta, obtuvieron muestras de suelo, tanto superficial como en profundidad (20 cm) para determinar la presencia de Plomo. Las muestras se distribuyeron en distintos puntos de centros poblados cercanos a la planta de INPPAMET-RECIMAT a modo de grilla (como se observan en las Figuras N°5 y N°6), red que se configuró en cuadrantes con distancia entre cada uno de sus vértices de 250 metros, que fue ajustándose en terreno, considerando y privilegiando las mediciones en sectores con suelo desnudo, según da cuenta el IFA DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

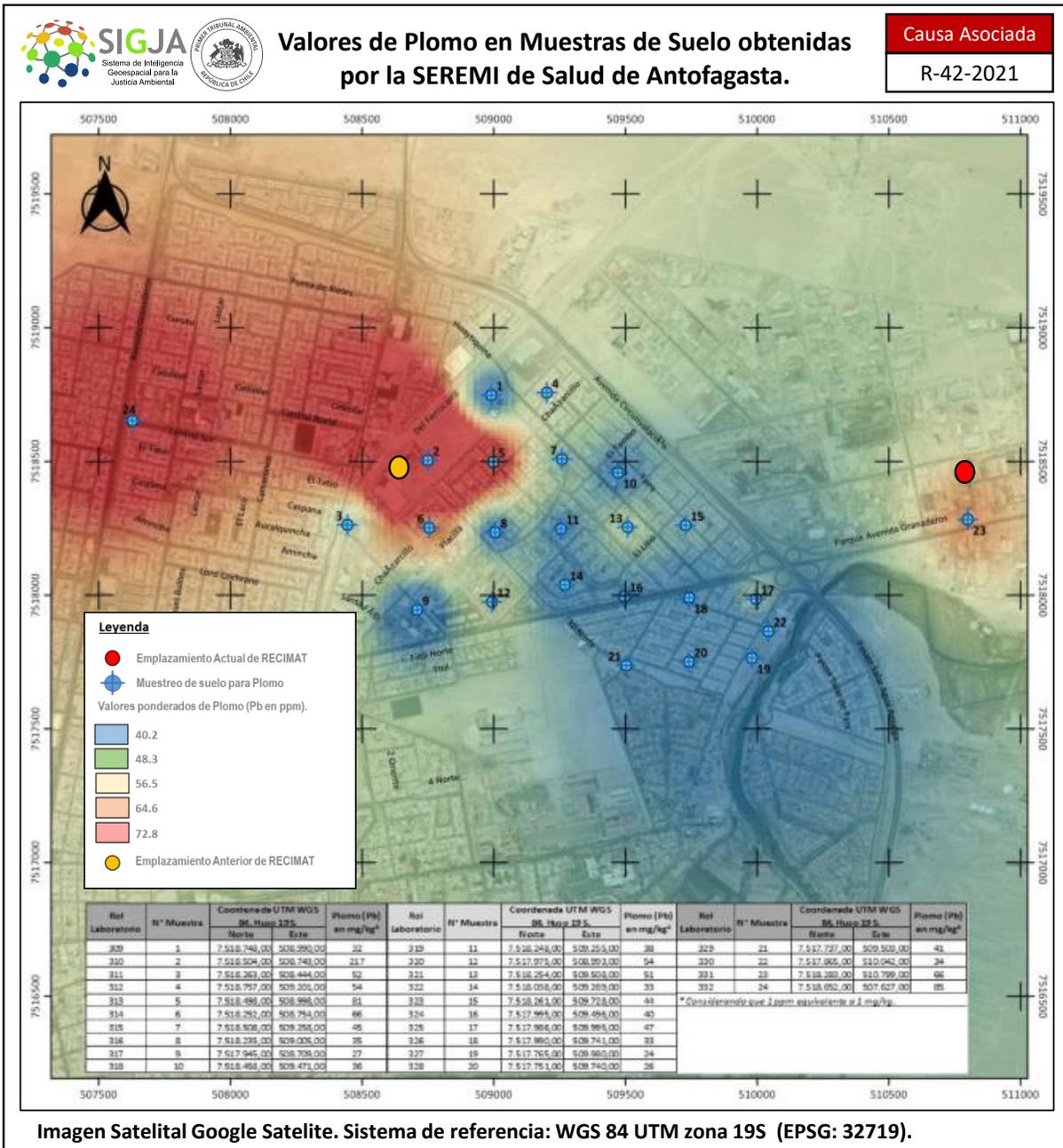
**Septuagésimo noveno.** Se precisa que las mediciones realizadas por la SMA -utilizando equipos XRF- donde el mayor valor alcanzado fue de 209 ppm el que se localizó en un sitio eriazo entre Av. Del Ferrocarril con Calle Quebrada Blanca (punto de medición N°3), distante a unos 2,07 km de la Unidad Fiscalizable; el segundo valor más alto se situó en el barrio industrial de Calama (Punto de medición N°24), distante a unos 26 metros de las instalaciones de RECIMAT, con 166 ppm., que por su parte, la Seremi de Salud de Antofagasta efectuó mediciones - quienes utilizaron para su análisis el Protocolo de muestreo de suelos y método analítico "Espectrometría de Absorción Atómica"- cuyo valor más alto se observó en el comentado Punto de medición N°3, ascendente a 217 mg/kg, mientras que el segundo, se observó en el Punto de medición N°24 con 85 mg/kg en el suelo (como se observa en la Figura N°6).

Figura N°5: Mapa de Concentración de Plomo (Pb) en suelo de Calama según Medición XRF por SMA.



Fuente: Expediente Administrativo y Judicial en función de figura N° 5 del Informe de Fiscalización DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

Figura N°6: Mapa de Concentración de Plomo (Pb) en suelo de Calama según medición de muestra de suelo por Seremi Salud.



Fuente: Expediente Administrativo y Judicial en función de figura N° 6 del Informe de Fiscalización DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

**Octogésimo.** Teniendo presente este Tribunal que hasta la fecha no existe Norma de Calidad de suelo en Chile, ello no es obstáculo para que el Estado pueda obrar conforme a los principios precautorio y preventivo respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del deber del Estado de garantizar dicho derecho; Por su parte se establece en el artículo 11 de la Ley N°19.300 y en particular en el artículo 11 del DS N°40/2012 respecto del uso de Normas de Referencia, que: "Las normas de calidad ambiental y de emisión que se utilizarán como referencia para los efectos de evaluar si se genera o presenta el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), ambas del artículo 11 de la Ley N°19.300, serán aquellas vigentes en los siguientes Estados: [...] Canadá, [...] y Confederación Suiza. Para la utilización de las normas de referencia, se priorizará aquel Estado que posea similitud en sus componentes ambientales, con la situación nacional y/o local, lo que será justificado razonablemente por el proponente".

**Octogésimo primero.** Que, respecto de la revisión y análisis del cumplimiento del criterio de integridad, donde las acciones y metas propuestas en el PdC deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos, se evidencia que más allá de la falta de especificaciones técnicas detalladas por parte de la SMA, y pese a que el informe de concentración de plomo fue originalmente elaborado por profesional de RECIMAT y no por una entidad técnica autónoma y con expertis en dicha clase de estudios, sumado al posterior análisis que hace tanto la SMA, como la autoridad sanitaria sobre la presencia de plomo en el suelo, según el estudio de "Espectrometría de Absorción Atómica", como se puede apreciar en la Figura N°6; permiten al titular y la SMA dar sustento respecto del criterio de integridad, toda vez, que las dos acciones propuestas, de remitir el estudio de plomo en suelo en la comuna de Calama, realizado en 2017; y, realizar un estudio de plomo en suelo en los alrededores de la planta en la comuna de Calama en sectores aledaños que incorpora caracterización para dicho elemento, permitirá determinar a futuro la evolución de la presencia de dicho contaminante en el suelo en relación a la actual ubicación de la empresa.

**Octogésimo segundo.** Asimismo, no se vislumbran mayores efectos negativos del retraso en la entrega de dicho informe, toda vez que apoyados en los rangos permisibles de las Normas de referencia internacional, como la Norma Suiza cuyo umbral es 300 mg/kg e incluso la Norma Canadiense que es más estricta con un umbral de 140 mg/kg, no se evidencia superación a dichos estándares en la actual ubicación de RECIMAT. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario advertir que existe una incipiente carga de plomo en el suelo en dicha zona, del orden de 66 mg/kg según estudio de SEREMI de Salud y de 166 ppm según el estudio con equipos de fluorescencia de rayos X ("XRF") de la SMA, a lo que debe ponerse especial atención en su seguimiento y control, a través de entidad ETFA como precisa la SMA en el PdC.

**Octogésimo tercero.** Respecto del análisis de aplicación del criterio de Eficacia, esto es que las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción; se evidencia que las acciones 4 y 5 del PdC aprobado, permiten al titular volver al cumplimiento de la RCA N°125/2004 y de la normativa infringida; eliminando los efectos de incertidumbre respecto de los hechos que constituyen la infracción de falta de monitoreo y seguimiento ambiental por plomo en el suelo.

**Octogésimo cuarto.** Más aún, se precisa que el PdC exige a RECIMAT que el nuevo estudio comprometido en la acción 5 debe considerar como forma de implementación, un plan de muestreo y una metodología de muestreo de empresa ETFA, que deberá comprender a lo menos un diagnóstico del estado del suelo y su efecto sobre el medio ambiente y la salud de las personas en relación a la concentración de plomo y la determinación de causalidad del estado del suelo respecto a la presente Unidad Fiscalizable, debiendo para tales efectos integrar un modelo de dispersión de plomo que permita relacionar espacialmente su

actividad con los resultados obtenidos. Además, contempla el trabajo de terreno de toma de muestras en zona circundante a planta RECIMAT Calama, debiendo considerar como mínimo la distribución de los puntos de medición correspondientes a la actividad de fiscalización ambiental contenida en el Informe de Fiscalización DFZ-2017-149-II-RCA-IA.

**Octogésimo quinto.** Si bien estos sentenciadores entienden que la mera utilización de la norma de referencia Suiza indicada en la evaluación ambiental RCA N°125/2004, que tolera rangos para suelo hasta 300 mg/Kg de plomo, y que los valores obtenidos en las fiscalizaciones DFZ-2016-695-II-RCA-IA y en especial DFZ-2017-149-II-RCA-IA, como en el Estudio de la Autoridad Sanitaria, no se verifican superaciones a dicha normativa de referencia, se estima que es altamente relevante continuar con el análisis de potenciales efectos negativos de la acumulación de Plomo en el suelo; ya que si bien, la conclusión de la SMA, en orden a que atendida la ubicación de los puntos de medición que presentaron mayores concentraciones de plomo, no existe una clara relación entre la presencia de plomo en el suelo con la actividad de RECIMAT, esta tampoco se puede descartar en un 100%; más aún cuando es la propia SMA la que evidencia del muestreo y mapa de interpolación de datos promediados de Plomo en suelo (Figura N°5), es la que evidencia alta presencia de plomo (punto 24) en las cercanías de RECIMAT.

**Octogésimo sexto.** Así las cosas, como ya se mencionó, tanto la Meta como las acciones 4 y 5, previamente mencionadas permiten alcanzar el estándar básico del criterio de Eficacia, asegurando el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.

**Octogésimo séptimo.** Que, respecto del criterio de Verificabilidad, estos sentenciadores, y dado los análisis de los anteriores criterios, también estiman que la aprobación del PdC en este aspecto, cumple un estándar básico, toda vez que ya se cumplió con la acción 4 y la acción 5, que compromete un nuevo estudio a realizar por una ETFA, incorporando exigencias metodológicas al titular que pueden ser verificables.

**Octogésimo octavo.** En este sentido, el cumplimiento de las acciones comprometidas en el PdC exigen observar un estándar de conducta más elevado que el exigido en la evaluación ambiental del RCA N°125/2004, contemplando ahora un nuevo estudio mediante ETFA, que incorpora un plan de muestreo que debe comprender un diagnóstico del estado del suelo y su efecto en el medio ambiente y en la salud de las personas y la determinación causal entre el estado del suelo y la unidad fiscalizable, debiendo incorporar asimismo un modelo de dispersión de plomo que permita relacionar espacialmente la actividad con los resultados obtenidos. Además, de mantener los puntos de muestreos ya realizados en la actividad de inspección ambiental de 2017, de manera que los resultados pudiesen ser comparados; lo que permite la verificación no sólo del compromiso, sino idealmente la evolución del contenido de plomo en el suelo y su relación con RECIMAT e INPPAMET.

**Octogésimo noveno.** Así también, se evidencia factibilidad de verificación por parte de la SMA, en el hecho de si a partir de los resultados de las actividades de las nuevas mediciones y muestreo se advierten superaciones que puedan configurar un riesgo a la salud de las personas o al medio ambiente atribuibles al titular, no es obstáculo para que la SMA pueda adoptar medidas provisionales, para proteger el medio ambiente y la salud de la población de Calama, en particular la zona donde se emplaza la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, Teletón y la Comunidad Indígena Yalquincha.

**Nonagésimo.** Que, por lo anteriormente señalado, estos sentenciadores concluyen que las metas y acciones comprometidas para abordar el cargo N°2, cumplen las exigencias normativas y en particular las del artículo 9 del DS N°30/2012 respecto de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad para la aprobación del PdC en cuestión, por tanto, esta alegación de la reclamante será desestimada, sin perjuicio de lo que este Tribunal determine en la parte resolutive de esta sentencia.

### **III. Respecto al Supuesto Incumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, por falta de consulta indígena.**

**Nonagésimo primero.** La Junta de Vecinos reclama también que no se realizó Consulta Indígena, contraviniendo el Convenio N°169 de la OIT.

**Nonagésimo segundo.** Sobre este punto la SMA sostuvo que:

1°La consulta indígena solo es procedente respecto de algunas medidas administrativas; en aquellas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, no siendo este el caso.

2° Respecto de la naturaleza del acto reclamado el art. 7 del DS N°66 y N°2 del Convenio N°169 de la OIT establecen las condiciones bajo las cuales puede entenderse que existe una posible afectación directa de pueblos indígenas, debiendo distinguirse la naturaleza y efectos del acto.

Desde el punto de vista de la naturaleza del acto, solo procederá la consulta indígena respecto de aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado, que contienen una declaración de voluntad, de naturaleza no reglada. Se excluyen los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica.

En el caso de autos, la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad de un PdC es un acto trámite, es decir, aquellos actos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo, no siendo entonces procedente la consulta.

La consulta indígena no procede tampoco respecto de las medidas de ejecución material o jurídica; es decir, aquellas decisiones, legales o administrativas, que no implican la adopción de una decisión respecto a una medida o proyecto, sino que ejecutan una

decisión previamente tomada, ya que la decisión ya ha sido adoptada, resguardándose así las decisiones que se encuentran firmes.

Por tanto, si el acto administrativo terminal de un procedimiento sancionatorio se encuentra excluido de la consulta indígena, más aún se encuentra excluido un acto de mero trámite dictado dentro de dicho procedimiento.

3° Respecto de los efectos del acto: Para que proceda la consulta indígena debe tratarse de un acto que sea susceptible de generar una afectación directa, causando un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Debe identificarse cuál es el impacto específico que la decisión generará, para luego revisar su significancia. No basta con hacer referencia de manera genérica o vaga a la cercanía de un proyecto con el territorio de una comunidad, sino que debe precisarse la manera concreta en que dicho acto afectará.

**Nonagésimo tercero.** Concluye el órgano reclamado señalando que en este caso la resolución que se pronuncia sobre un PdC no puede generar dicho efecto significativo sobre el medio humano. Además, los PdC no contemplan acciones que generen efectos negativos en el medio ambiente.

**Nonagésimo cuarto.** Que, para el análisis de este punto controvertido sobre el supuesto incumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, por falta de consulta indígena, estos sentenciadores ponderarán los siguientes puntos.

**Nonagésimo quinto.** Respecto a la posible infracción al derecho de los pueblos indígenas a la participación ante medidas administrativas que los afecten directamente, para estos sentenciadores, se hace necesario revisar lo relativo al derecho a la participación efectiva a que alude la reclamante, evidenciándose del expediente administrativo y judicial, la participación concreta de la Junta de Vecinos Kamac-Mayu, la cual ha estado presente en orden a las denuncias por incumplimiento de los compromisos ambientales por parte del titular, en directa sintonía con el resguardo de su territorio vecinal y en cuyas cercanías también existe la Comunidad Indígena Yalquincha; que fruto de ello, sumado a las fiscalizaciones realizadas por órganos sectoriales y la propia SMA, se ha generado un proceso sancionatorio, que a la fecha se ha interrumpido fruto de la aprobación del PdC reclamado en autos.

**Nonagésimo sexto.** Que, de lo anterior se desprende que la Junta de Vecinos Kamac-Mayu y la Comunidad Indígena Yalquincha son efectivamente terceros interesados respecto de los efectos que se puedan producir de la aprobación y cumplimiento finalmente del PDC aprobado; sin embargo, en dicho proceso no presentaron observaciones al PDC propuesto por RECIMAT, y a su vez, no solicitaron en el proceso sancionatorio, la posibilidad de participación efectiva o incluso a la Consulta Indígena, tema que será abordado en los considerandos posteriores.

**Nonagésimo séptimo.** Que, para estos sentenciadores es relevante

revisar los requisitos respecto de los cuales procede la Consulta Indígena según la Legislación vigente y en particular lo referido al Convenio 169 OIT.

**Nonagésimo octavo.** Que, dentro de los puntos que ha precisado el DS N°66/2013 se encuentra el tipo de afectación que justifica la realización de una consulta indígena. Se entiende que el artículo 7 del Convenio OIT N°169 al hablar de afectación directa no puede estar refiriéndose a cualquier tipo de molestia, en la medida en que el deber de consulta se fundamenta en aquellas intervenciones que pueden generar un cambio en "[...] el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas". Esto conlleva necesariamente un grado de magnitud tal de la afectación, la que podría incidir negativamente en dichos elementos.

**Nonagésimo noveno.** Asimismo, en la LOSMA, no se contempla expresamente la Consulta Indígena, como sí ocurre en la Ley N°19.300 y el DS N°40/2012. Esta distinción se encuentra más desarrollada aún en la regulación del procedimiento de consulta indígena tramitado en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"). Las normas que regulan este procedimiento son los artículos 85 y 86 del DS N°40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente ("Reglamento del SEIA").

**Centésimo.** Que, el artículo 85 del DS N°40/2012, sobre Consulta a Pueblos Indígenas, indica que: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta [...]."

**Centésimo primero.** Por su parte, el artículo 86 del DS N°40/2012, sobre reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, indica que: "Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2° de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas

de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Las actas de las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación de las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda."

**Centésimo segundo.** Por otro lado, el legislador ha plasmado con absoluta claridad sobre la aplicación de la Consulta Indígena en dichas circunstancias; y que dentro de las cuales no se incluye la consulta indígena en la LOSMA, ni en particular en el Título III de la Infracciones y Sanciones (sobre el procedimiento sancionatorio); ni para la aprobación o rechazo de un PdC según el DS N°30/2012.

**Centésimo tercero.** Que, este Tribunal, en relación a la procedencia de la consulta indígena de acuerdo a la naturaleza del procedimiento, evidencia que es necesario atender al concepto y función de las sanciones administrativas y a la noción y principios que rigen la consulta indígena. Para estos efectos es útil precisar que el objeto directo del Derecho Administrativo Sancionador es la infracción administrativa, ante la cual se le impone una sanción "atribuida en concreto a un sujeto por la Administración a través de un procedimiento especial (el procedimiento sancionador) en el que se determina la infracción con todas sus circunstancias materiales, así como el autor con sus circunstancias personales". (Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, España, 2005, p.194).

**Centésimo cuarto.** También la doctrina nacional ha definido a las sanciones administrativas como "aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa" ( Bermúdez, Jorge, Elementos para

definir las sanciones administrativas. 1998, Revista Chilena del Derecho, Número Espacial, p. 326).

**Centésimo quinto.** A su vez, como se desprende de las referidas definiciones, la sanción administrativa requiere de una infracción administrativa o conducta ilegal determinada y de un procedimiento previo que la imponga. Al respecto se debe señalar que en materia ambiental el párrafo 3°, Título III de la LOSMA regula las distintas etapas y trámites que componen dicho procedimiento. En lo no previsto, se aplican de forma supletoria la ley N°19.880. Es así como el procedimiento administrativo en comento cumple una doble función: como "garantía de los derechos e intereses de los particulares respecto del ejercicio del poder público punitivo", y como "garantía del interés público, asegurando un mayor acierto y eficacia de la resolución administrativa" (Garrido, Fernando, Comentarios a la Constitución, 2001, 3° Edición, Madrid, Civitas, p. 1631).

**Centésimo sexto.** Que, para estos sentenciadores, el procedimiento administrativo sancionador se ha consagrado como un mecanismo en el cual confluyen principalmente un conjunto de garantías en favor de las personas que son objeto de imputación y eventual sanción por parte de la autoridad administrativa. Y que ha sido la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia quienes han extendido la aplicación de la garantía constitucional de un justo y racional procedimiento, previsto en el artículo 19 N°3 de la CPR, cualquiera sea el órgano o procedimiento de que se trate, incluyendo a las decisiones administrativas (Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°437-2005, considerando 17°; sentencia Excma. Corte Suprema Rol N°62.128-2016, considerando décimo séptimo). Es en este contexto donde también la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el procedimiento administrativo sancionador se encuentra sujeto a principios de orden sustantivo y también de naturaleza procedimental. Dentro de este último grupo destacan el principio de contradictoriedad, el que las sanciones administrativas no se pueden aplicar de plano, entre otros.

**Centésimo séptimo.** En materia sancionatoria ambiental confluyen además otros principios, como el de colaboración y eficacia y, supletoriamente, aquellos trámites y principios establecidos en la Ley N°19.880, en virtud de lo previsto en el artículo 62 de la LOSMA. Que es en esta aplicación supletoria de la Ley N°19.880 en que se ha aceptado la intervención de terceros interesados en el procedimiento 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 Comunidad Indígena Yalquincha no presentó observaciones concretas en el proceso de revisión y aprobación administrativa del PdC, ni tampoco solicitó la consulta indígena como tal.

**Centésimo octavo.** Que, el procedimiento sancionador ambiental se dirige entonces hacia uno o más responsables determinados quienes, desde la formulación de cargos, pasan a tener la calidad de presunto

infractor. Es decir, por su propia naturaleza el procedimiento sancionador presenta una estructura predominantemente unidireccional con el objeto de verificar la existencia o no de una infracción administrativa y su sanción correlativa. Es en esta estructura donde el infractor tiene la posibilidad de presentar un PdC, para volver rápidamente al cumplimiento ambiental y evitar la imposición de una sanción; como, asimismo, la posibilidad de intervención de aquellos interesados que puedan ver afectados sus derechos o intereses, individuales o colectivos, con la resolución que aprueba o rechaza dicho programa, como ha ocurrido en la especie.

**Centésimo noveno.** No obstante, estas alternativas de intervención, este Tribunal entiende que la naturaleza jurídica del procedimiento sigue siendo el mismo, esto es "sancionatorio", no mutando a otro de carácter no contravencional. Lo anterior es así toda vez que tanto la imposición de una sanción administrativa como la aplicación de un instrumento de incentivo al cumplimiento, como es el caso del PdC de autos, se enmarcan dentro del ejercicio del denominado *Ius Puniendi* estatal, potestad que en último término lo que persigue es el restablecimiento de la juridicidad que ha sido quebrantada.

**Centésimo décimo.** Particularmente en materia ambiental, no se puede desconocer el fin mediano del régimen administrativo sancionatorio cual es obtener el cumplimiento efectivo de la ley. Con este propósito el legislador ha dotado a la Administración de "herramientas institucionales que puestas en marcha permiten encauzar la conducta de los administrados hacia los objetivos perseguidos por la regulación" (Baldwin, Robert, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012, p.227 y ss.). En este sentido, una de las herramientas es la sanción y, las otras, los denominados incentivos de cumplimiento ambiental.

**Centésimo undécimo.** Que, así las cosas, para este Tribunal, resulta que el procedimiento bajo el cual se sustancia el PdC de autos, sigue siendo de naturaleza sancionatoria ya que incluso la autoridad administrativa a cargo podría rechazarlo, reiniciando las etapas propias de dicho procedimiento. Lo anterior, como se ha señalado, no obsta a que para efectos de aprobar un PdC el proceso adopte una fase de índole colaborativo con el infractor RECIMAT y admita la intervención de terceros interesados como la Junta de Vecinos Kamac-Mayu y la mencionada Comunidad Indígena Yalquincha, los cuales, sin embargo, no adquieren por esa sola intervención la prerrogativa de incidir en el ejercicio del *Ius Puniendi* por parte de la Administración, el cual detenta un carácter indisponible para los particulares.

**Centésimo duodécimo.** Por consiguiente, en opinión de estos sentenciadores, no sería posible admitir la consulta indígena dentro de un procedimiento sancionatorio, toda vez que ésta resulta incompatible con los alcances y objetivos de este tipo de asuntos. En efecto, la consulta indígena se ha concebido como un mecanismo que posibilita el diálogo intercultural entre los organismos del Estado y los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente con

determinada medida legislativa o administrativa, con el objeto de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo a la implementación de las mismas. Este diálogo se debe desarrollar en un procedimiento que debe cumplir con determinadas características, a saber, debe ejecutarse de buena fe y ajustándose a las particularidades propias del pueblo indígena consultado. De esta manera el pueblo indígena afectado podrá incidir efectivamente antes de la dictación de la medida. Sin embargo, pretender sostener que dicha intervención en calidad de terceros interesados les confiere el derecho a ser consultados por estimarse que sufren algún tipo de afectación con la conducta del infractor, implicaría desnaturalizar el objeto del aspecto colaborativo de dicha intervención, para transformarlo en uno de tipo dispositivo de una potestad exclusiva y excluyente del Estado.

**Centésimo decimotercero.** Que, este Tribunal, respecto de la homologación entre participación y consulta indígena dentro de un procedimiento administrativo sancionador, señala que la piedra angular del Convenio N°169 de la OIT lo constituye la "Consulta Indígena" la que, como se ha señalado, debe cumplir con ciertos y específicos estándares para su implementación. Dichos estándares superan los requisitos o elementos que configuran los mecanismos comunes del derecho a participación que regula nuestro ordenamiento común en esta materia. Por lo tanto, doctrinariamente no es posible equiparar los alcances y efectos de la consulta indígena con los efectos que puede tener la intervención de un interesado dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

**Centésimo decimocuarto.** Despejado lo anterior, se debe precisar que siendo la SMA un órgano con facultades de fiscalización y sanción, y no destinado a decidir sobre instituciones electivas ni es responsable de políticas y programas asociados, tampoco es aplicable dentro de un procedimiento sancionatorio lo previsto en el literal b) del Convenio N°169.

**Centésimo decimoquinto.** Por tanto, revisados y razonados los antecedentes administrativos y judiciales de autos, así como la doctrina y jurisprudencia respecto a la supuesta infracción del derecho de la reclamante a la consulta indígena ante medidas administrativas que los afecten directamente como el PdC, estos sentenciadores entienden que la aplicación razonable y armónica de la normativa, va en la vía de concluir en la improcedencia de su aplicación para el caso de autos, y conforme a ello, las alegaciones de la reclamante serán rechazadas en este punto.

**Y TENIENDO PRESENTE,** además, lo dispuesto en el artículo 17 N°3, 24 y demás pertinentes de la Ley N°20.600, en los artículos 42, 56 y pertinentes de la Ley N°20.417; disposiciones legales citadas de la Ley N°19.300, DS N°30/2012, y, demás normas legales y reglamentarias mencionadas y aplicables en la especie.

**SE RESUELVE:**



- I. Acoger la Reclamación interpuesta por la Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19, solo en cuanto se deja sin efecto la Resolución Exenta N°9/Rol D-031-2020, que aprueba el Programa de Cumplimiento y suspende el procedimiento sancionatorio en contra de RECIMAT.
- II. No condenar en costas a la SMA por tener motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

**Rol N°R-42-2021**

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Eric Sepúlveda Casanova, este último subrogando legalmente. El Ministro Sr. Hernández no firma por haber cesado en sus funciones.

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

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