

ANT.: 1. Res. Ex. N° 1/Rol F-009-2018, de 23 de abril de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente; 2. Res. Ex. N° 12/Rol F-009-2018, de 12 de febrero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

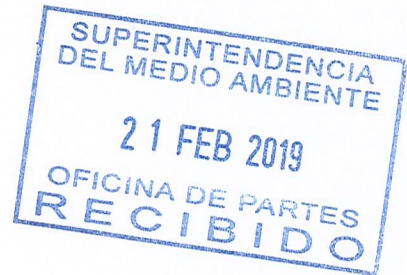
REF.: Expediente Sancionatorio Rol N° F-009-2018.

MAT.: 1. Presenta descargos y solicita lo que indica; 2. Ofrece medios de prueba; 3. Acompaña documentos.

Santiago, 21 de febrero de 2019.

Sra. Andrea Reyes Blanco

Fiscal Instructora, División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Teatinos N° 280, Piso 8, Santiago
Presente



Cecilia Urbina Benavides, en representación de Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero (**EXPLODESA**), ambos domiciliados para estos efectos en calle Badajoz N° 45, Piso 8, Las Condes, Región Metropolitana de Santiago, en virtud del artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia (en adelante, "LO-SMA") vengo en presentar los descargos relativos al hecho infraccional N° 9 contenido en la letra a) del Resuelvo N° I de la Res. Ex. N° 1/Rol N° F-009-2018 (en adelante e indistintamente "Formulación de Cargos") de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA" o la "Superintendencia").

Por medio de esta presentación, que se realiza dentro del plazo y en la oportunidad procesal correspondiente de acuerdo a lo resuelto por la SMA en las Res. Ex. N° 2/Rol F-009-2018 y N° 12/Rol F-009-2018, se solicita que, en definitiva, se recalifique la gravedad del cargo imputado a EXPLODESA y, en consecuencia, se aplique la mínima sanción que en derecho corresponda, en razón de las consideraciones que se expresan a continuación.

I.

OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS PRESENTES DESCARGOS.

Que, en primer lugar, se hace presente que esta Superintendencia ha formulado cargos a EXPLODESA mediante Res. Ex. N° 1/Rol F-009-2018, de fecha 23 de abril de

2018. En este contexto, el titular solicitó, el día 27 de abril de 2018 ampliar el plazo para la presentación de un Programa de Cumplimiento y Descargos, lo cual fue acogido mediante Res. Ex. N° 2/Rol F-009-2018 de fecha 30 de abril del mismo año.

Con posterioridad, el día 16 de mayo de 2018 EXPLODESA presenta la primera versión del Programa de Cumplimiento, siendo observada mediante Res. Ex. N° 5/Rol F-009-2018. En razón de ello, el titular presenta una nueva versión refundida de dicho Programa, el 01 de agosto de 2018, lo que fue nuevamente observado el día 16 de agosto del mismo año mediante Res. Ex. N° 8/Rol F-009-2018, presentándose una tercera versión del Programa el día 24 de agosto del mismo año.

Finalmente, en una cuarta ronda de observaciones de fecha 01 de octubre de 2018, el titular acompaña una nueva versión refundida del Programa el día 10 de octubre del mismo año. Así, esta Superintendencia, mediante Res. Ex. N° 12/Rol F-009-2018, de 12 de febrero de 2019, decide aprobar el Programa de Cumplimiento presentado por EXPLODESA sólo en lo referido a los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, desagregando del procedimiento de origen (ahora enrolado como P-001-2019) al Cargo N° 9 respecto del cual se reactiva el plazo para la presentación de los descargos respectivos.

De este modo, y dado que la citada resolución ha sido notificada personalmente el día 12 de febrero del presente, y que el pazo residual para la presentación de descargos es de 7 días hábiles, se hace presente que la presentación de estos descargos se realiza dentro del plazo asignado para ello.

II.

ANTECEDENTES ACERCA DEL PROYECTO Y DE LAS ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN DESPLEGADAS POR LA SMA.

a) De la Mina Cardenilla y de su Resolución de Calificación Ambiental.

Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero, es titular del proyecto "Mina Cardenilla", calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 242, de 18 de marzo de 2008 ("RCA N° 242/2008"), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso que consiste en la reiniciación de la explotación a cielo abierto de un yacimiento masivo de cobre, con una ley media de 2% de Cobre total y una ley media de 1,43% de Cobre soluble, contenido en la mina denominada formalmente La Patagua (actualmente la ley ronda el 0,5%)

El proyecto se ha ejecutado en la Región de Valparaíso, Provincia de San Felipe, Comuna de Catemu. Específicamente, en el cerro La Carpa que se ubica al interior de la

propiedad minera que el Titular posee, a 10,3 (Km.) al Norte de la localidad de Catemu, y que, a su vez, se emplaza en el Lote B, de la Hacienda Los Cerrillos, con cuyo propietario el Titular ha suscrito una servidumbre minera de ocupación.

Se hace presente que el proyecto Mina Cardenilla, aprobado por la citada Comisión Regional del Medio Ambiente, se emplazó en un área anteriormente intervenida, cuyo título habilitante para hacerse dueño de los minerales contenidos en la entrada de la tierra fueron constituidos a fines del Siglo XIX, y que se han mantenido vigentes hasta estos días. Al respecto, la referida faena ha sido explotada desde comienzos de la década de los 90' por pequeños mineros, mientras que, recién a mediados de la década del 2.000, EXPLODESA comenzó a explotar esta faena.

b) De la fiscalización por parte de la SMA y los cargos formulados.

Con fechas 29 y 30 de marzo de 2017, la Superintendencia del Medio Ambiente, en conjunto con el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación Nacional Forestal, todos de la Región de Valparaíso, realizaron una inspección ambiental al Proyecto Mina Cardenilla. Lo anterior, en el marco de las actividades de fiscalización programadas, según Resolución SMA N°1.210/2016 que fijó Programa y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2017.

Las actividades de fiscalización desarrolladas consideraron la verificación del estado de ejecución del proyecto, el estado de las quebradas, el manejo de estériles, el manejo de las obligaciones relacionadas a vegetación nativa y fauna silvestre, el manejo de aguas lluvias y el cumplimiento de permisos ambientales sectoriales. Los resultados de estas actividades se plasmaron en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-177-V-RCA-IA, en el que se han constatado supuestos hallazgos descritos en los Considerandos 6 y siguientes de la formulación de cargos.

Que, en razón de lo anterior, la Superintendencia del Medio Ambiente ha decidido formular los siguientes cargos en contra del titular:

a) La ejecución de los siguientes hechos, actos u omisiones que constituyen infracciones del artículo 35 a), en cuanto incumplimientos de las condiciones, normas y medidas establecidas en una Resolución de Calificación Ambiental:

1	La no implementación de la piscina de neutralización de las aguas que drenan desde el botadero de estériles.
2	El pretil implementado no previene la proyección de escombros ladera abajo del botadero.

3	Se reforestó una superficie menor a la exigida en la RCA, con una densidad menor y con diferencias en la composición de las especies. En específico: se reforestó una superficie de 4,4 y no de 5 ha como dispone al RCA; la densidad que presenta la plantación ejecutada es de 400 pl/ha, la cual es menor a la densidad de 714 (pl/ha) establecida en la RCA; y se constató que existen diferencias con respecto a la composición de especies propuesta, constatándose en ese sentido sólo a las especies Quillaja saponaria y Senna candolleana (Cassia closiana).
4	Inexistencia de plantación de 490 Guayacanes.
5	Incumplimiento de la medida de compensación y de protección en los términos siguientes: - Se plantó 220 ejemplares de Lithrea caustica, debiendo plantar 240. - No se encuentra cercado el sector a plantar.
6	La no implementación de los canales de contorno perimetrales aguas arriba de la cantera de la mina y en la cabecera del botadero de estériles.
7	El proyecto no cuenta con resolución de SERNAGEOMIN que autoriza para establecer apilamiento de residuos mineros y el botadero de estériles.
8	El proyecto no cuenta con el permiso ambiental sectorial para el cambio de uso de suelo del campamento contemplado en el proyecto.

b) La ejecución de ejecución de los siguientes hechos, actos u omisiones que constituyen una infracción del artículo 35 b), en cuanto corresponden a la ejecución de un proyecto o ejecución de actividades para las cuales la ley exige un Resolución de Calificación Ambiental, ejecutadas sin contar con ella:

9	La ejecución de las siguientes obras y acciones tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad que constituyen cambios de consideración sin someterlo al sistema de evaluación de impacto ambiental: i. El proyecto ha operado continuamente, al menos 6 meses por sobre el límite temporal, de 7 años, que se establece para la duración del proyecto en el considerando N°3 de la RCA N°242/2008. ii. Durante el tiempo en que el proyecto Mina Cardenilla estaba autorizado para operar, es decir, desde septiembre 2009 hasta septiembre de 2016, la empresa extrajo desde la Mina Cardenilla, una cantidad de mineral mayor a 15.000 ton/mes, con excepción del mes de julio de 2015, alcanzando un total de 1.407.514,8 toneladas por sobre lo autorizado. Específicamente, desde mayo 2015 a septiembre 2016, un total de 292.106,7 toneladas por sobre lo autorizado. Cabe señalar, que el considerando N°3 de la RCA N°242/2008 dispone expresamente que la producción de mineral alcanzará 15.000 toneladas al mes. iii. Con posterioridad a la fecha que debió haber terminado de operar el proyecto, es decir desde octubre de 2016 hasta marzo de 2017, fecha en la cual se efectuó la fiscalización ambiental, se extrajo mensualmente más de 5.000 Ton/mes, alcanzando un total de 120.210,9 toneladas de mineral (bruto) de forma no autorizada.
---	---

- iv. Se amplió la cantera de extracción de mineral (open pit) de la Mina Cardenilla en 7,82 ha., por sobre lo autorizado en el considerando 3.2.1 de la RCA N°242/2008.
- v. Se habilitaron dos nuevos sectores de extracción de mineral denominados Lumbrera Norte y Lumbrera Sur, no contemplados ni autorizados por la RCA N°242/2008, los cuales ocupan una superficie total de 14,13 ha.
- vi. Se habilitaron nuevos caminos no contemplados ni autorizados por la RCA N°242/2008, para acceder a los sectores Lumbrera Norte, Lumbrera Sur.
- vii. La construcción de un nuevo camino entre Mina Cardenilla y Mina Cuyanita.
- viii. El campamento se encuentra implementado desde el año 2014 el a 605 metros al sur del emplazamiento autorizado por la RCA N°242/2008, el que además se encuentra situado fuera del área del proyecto establecida en dicha RCA.
- ix. Se amplió el botadero de estériles con respecto a lo autorizado por la RCA N°242/2008, 3.3.2 letra e), superando los parámetros de diseño relativos a superficie del botadero, densidad de depositación, largo y ancho del botadero, altura máxima y razón estéril: mineral, establecidos en el considerando 3.3.2e de la referida resolución, lo que se muestra en la tabla N°1 siguiente, marcados en los recuadros de líneas rojas segmentadas. En esta línea, se constató que el titular ha depositado 11.269.860,165 toneladas de estériles en el botadero autorizado por la RCA N°242/2008, lo cual es 3,63 veces mayor a las 3.105.000 toneladas establecidas en el considerando 3.13.3 de la RCA, disponiendo una cantidad mensual de estériles, en el período octubre de 2014 y marzo de 2017, mayor a las 42.000 ton/mes que la RCA estableció como generación mensual de estériles, lo que se aprecia en el grafico N°3 siguiente. Por otra parte, se constató que el titular depositó 230.447,20 toneladas de estériles, generados por la actual operación del proyecto, en un lugar de la faena minera no autorizado para ello y que se ubica inmediatamente al poniente del área autorizada del botadero de estériles.

Que, en razón de lo anterior, el titular ha presentado, con fecha 16 de mayo de 2018, un Programa de Cumplimiento con el objeto de hacerse cargo de la totalidad de los hechos infraccionales antes descritos, como también de los efectos negativos que puedan derivarse de los mismos, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 42 de la LOSMA.

Al respecto, mediante Res. Ex. N° 5/Rol F-009-2018, de 19 de julio de 2018, esta Superintendencia estimó que *“el PdC es procedente, sólo en ciertos supuestos y no es aplicable su presentación para todo el catálogo de infracciones que establece la LOSMA en su artículo 35. Tal es el caso de aquellas calificadas de conformidad al literal a) de los numerales 1 y 2, del artículo 36, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley*

Orgánica” (Cons. 21) (...) En este caso, el Cargo N° 9 de la Res. Ex. 1/F-009-2019, fue clasificado como gravísimo de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA, por constituir hechos, actos u omisiones que contravienen las disposiciones pertinentes, y que han ocasionado daño ambiental no susceptible de reparación. Por lo anterior no corresponde que dicha infracción forme parte del PdC presentado y tampoco corresponde que se formulen observaciones específicas respecto de las acciones y metas propuestas respecto de ésta” (Cons. 24).

De esta manera, en cumplimiento de lo dispuesto por vuestra autoridad, el titular procedió a excluir el Cargo N° 9 del Programa de Cumplimiento refundido ingresado con fecha 01 de agosto de 2018, sin perjuicio de indicar expresamente que aquello no implicaba una renuncia ni expresa ni tácita del derecho a recurrir acerca de la procedencia del PdC respecto de ello.

Por su parte, mediante Res. Ex. N° 7/Rol F-009-2018, de 14 de agosto de 2018, esta Superintendencia **decide rectificar de oficio la formulación de cargos eliminando el Cargo N° 8 antes descrito**, indicando expresamente que de los “*antecedentes existentes en el presente procedimiento, dan cuenta que, en los hechos, en el lugar en el cual se autorizó el campamento en la RCA N° 242/2008 en la actualidad es parte del sector de ampliación no autorizada del botadero y que el campamento de la obra se encuentra emplazado 605 metros al sur de lo autorizado en dicha RCA y fuera del área del proyecto establecida, situación que fue recogida en la Infracción N° 9. En efecto, en dicho cargo se imputa, en el numeral viii), el mencionado cambio de ubicación del campamento, entre las obras y acciones tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad que constituyen cambios de consideración*”.

En consecuencia, el Cons. 5 de dicha resolución sostiene que “*la formulación de cargos contiene un error de hecho que debe ser corregido para una correcta sustanciación del procedimiento sancionatorio en curso*”, por lo que el Resuelvo I a) vuestra autoridad decide eliminar derechamente el referido cargo.

En tanto, mediante Res. Ex. N° 8/Rol N° F-009-2018, de 16 de agosto de 2018 esta Superintendencia efectúa una segunda ronda de observaciones al Programa de Cumplimiento, el que se ingresa en una versión refundida el día 28 de agosto de 2018, la que fue nuevamente observada mediante Res. Ex. N° 10/Rol N° F-009-2018, ingresando una cuarta versión refundida el día 10 de octubre de 2018.

Por último, mediante Res. Ex. N° 12/Rol F-009-2018, de 12 de febrero de 2019, vuestra autoridad decide aprobar el referido Programa de Cumplimiento en relación a los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, los que se siguen tramitando por cuerda separada bajo el Rol N° P-001-2019 de acuerdo a los Resuelvo III y IV de la misma resolución. Asimismo, la propia resolución (Resuelvo V) señala que, a partir de la notificación de la misma, se reanuda el

plazo que corresponde para presentar descargos respecto del hecho infraccional N° 9, el que fuera suspendido según lo dispuesto en el Resuelvo V de la Res. Ex. N° 1/Rol N° F-009-2018.

En consecuencia, mediante esta presentación, se hacen presente las consideraciones de hecho y de derecho que dan cuenta de las alegaciones de EXPLODESA en relación con el Cargo N° 9, las que tendrán como principal objetivo la recalificación de gravedad asociada al Cargo N° 9, el que sólo debiese considerarse como gravísima en razón de lo dispuesto por el artículo 36 N° 1, literal f) de la LOSMA, descartando la aplicación del literal a) del mismo artículo según se pasa a exponer.

III.

DESCARGOS ASOCIADOS A CARGO N° 9, RES. EX. N° 1/ROL F-009-2018, SMA.

Que, el Resuelvo II de la Res. Ex. N° 1/Rol N° F-009-2018, clasifica las infracciones imputadas indicando que la infracción N°9 se clasifica como gravísima, de conformidad con lo dispuesto en los literales a) y f) del numeral 1 del artículo 36 de la LO-SMA, *por constituir hechos, actos u omisiones que contravienen las disposiciones pertinentes, que han ocasionado daño ambiental no susceptible de reparación, e involucran la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N°19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, constatándose en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 letras b) y d) de dicha ley, referidos respectivamente a efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, y a la localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.*

En cuanto al **daño ambiental** y su carácter de **irreparable**, la misma resolución establece que la *presente clasificación se efectúa sobre la base de los aspectos constatados en la fiscalización ambiental que dan cuenta de la reducción y fragmentación irreversible del patrimonio natural del sitio prioritario para la conservación Cordillera El Melón. Lo anterior, está dado por los efectos sobre la flora y vegetación nativa, y sobre el hábitat de especies de fauna nativas expuestos en los numerales 12, 13, 14, 16 y 18 de esta resolución, que dan cuenta que el grado de perturbación es absoluto o total, en vista de que se constataron áreas con eliminación total de la vegetación a través de la sepultura y/o extracción total de la misma por el aumento y extensión del rajo; perdiendo completamente la estructura y funcionamiento de las comunidades vegetales en el área de influencia directa de las actividades. Asimismo, en cuanto a la extensión de los efectos, se constató la eliminación de 9,19 ha. de bosque nativo de conservación y protección; de 7,08 ha. de bosque nativo de preservación con*

presencia de la especie de flora silvestre “vulnerable” *Porlieria chilensis* (Guayacán); y 10,34 ha. de formación xerofítica, lo que a juicio de esta Fiscal Instructora se considera extenso. Por otra parte, la duración o persistencia del efecto es prolongada, considerando que la regeneración de la vegetación depende de la existencia de un sustrato que lo mantenga (el cual se eliminó producto de las excavaciones o se sepultó por la depositación de los residuos mineros), la duración de los efectos se considera permanente e indefinida. En este escenario, se la reversibilidad de los efectos se considera imposible a una escala de tiempo humana, pues depende de que se recupere en el suelo, como primer requisito, el cual es un recurso natural no renovable y que en este caso presenta características de vulnerabilidad extrema, por cuanto corresponde a suelo de clase 7 o 8 cuyas características principales es que son suelos escarpados, muy delgados, con abundante pedregosidad superficial, texturas finas a muy gruesas, excesivamente drenado, muy severa erosión, expuestos a inundaciones muy frecuentes, muy fuertemente sódico y extremadamente salinos.

EXPLODESA comprende que, de los hechos infraccionales que fundan el Cargo N° 9, se derivaron impactos adversos y significativos al sitio descrito, sin embargo, no es posible extraer de la propia formulación los fundamentos que acreditan que dicho impacto tenga el carácter de daño, ni menos que éste sea irreparable. En efecto, mi representada acreditará que no existen antecedentes que permitan imputar daño ambiental irreparable, en base a las siguientes consideraciones:

1. El acto carece de la fundamentación jurídica necesaria tanto para imputar el referido cargo como su calificación de gravedad.
2. El supuesto daño ambiental irreparable carece de sustento al no contar con antecedentes que permitan fundar los criterios que la misma SMA ha considerado para su calificación:
 - a. No existe reducción ni fragmentación del ecosistema afectado.
 - b. El impacto asociado a la infracción imputada no sería irreversible.
 - c. La extensión del impacto sería reducida en consideración al sitio donde se encuentra emplazado el proyecto y las obras objeto del cargo.
 - d. La duración de los efectos no es –en ningún caso- de largo plazo si se consideran medidas adecuadas para hacerse cargo de los efectos.

I. Del deber de fundamentar el cargo imputado y su calificación de gravedad.

Que las circunstancias del artículo 36 N° 1 y 2 de la LOSMA, para dar lugar a la calificación de gravedad de una infracción, no se encuentran dentro del ámbito de discrecionalidad de la Superintendencia pues su aplicación supone restricciones de

aplicación que están dadas por sus supuestos normativos, estándares de relevancia y fundamentación, los que no concurren plenamente en la formulación de cargos.

De esta manera, la citada norma constituye un mandato preciso para el órgano instructor, que consiste precisamente en atender a las circunstancias particulares del caso concreto que sean relevantes a efectos de determinar la concurrencia de los elementos que dan lugar a la calificación, lo que es coherente con el principio de proporcionalidad, que opera como límite al acotado margen de discrecionalidad que tiene la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito en el ámbito del derecho administrador sancionador.

Así, la aplicación de las circunstancias de los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LOSMA está sometida a ciertas reglas, entre las cuales se encuentra el requerimiento de aplicarse a la situación concreta, en relación con sus propias características y particularidades.

Adicionalmente, la fundamentación del acto administrativo propiamente tal (artículo 11 de la Ley N° 19.880) implica la necesidad no sólo de otorgar los fundamentos de hecho y de derecho para imputar el respectivo cargo, sino que además, el mismo estándar de fundamentación se exige para establecer la calificación de gravedad de aquello, máxime si ella resulta ser esencial tanto para calcular las multas asociadas a determinadas infracciones como para la concurrencia y ejercicio, por parte del particular, de los propios instrumentos que la LOSMA otorga en su artículo 42.

Pues bien, existe una evidente diferencia entre la fundamentación utilizada por vuestra Superintendencia para acreditar la concurrencia del cargo (elusión) y para imputar un efecto como el indicado (daño ambiental irreparable). Mientras que el primer aspecto es latamente analizado en consideración al Informe de Fiscalización correspondiente, lo segundo sólo ocupa acotados considerandos de la formulación, omitiendo antecedentes técnicos que permitan dar lugar a un efecto tan adverso como el daño ambiental irreparable.

Que, resulta evidente, con la sola lectura del Resuelvo II, letra a), de la formulación de cargos, la falta de fundamentación de la causal invocada (daño ambiental irreparable) causado por la infracción imputada (elusión), lo que necesariamente vulnera este deber y, con ello, la garantía del derecho a defensa y un procedimiento racional y justo.

Que, en concreto, la LOSMA expresa en los siguientes términos la infracción gravísima imputada en la formulación de cargos:

"Artículo 36.- Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.(. . .)

1.- Son infracciones gravísimas, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

a) *Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación."*

Esta circunstancia supone que, de la comisión de la infracción imputada, se haya causado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo e irreparable, inferido al medioambiente o a uno o más de sus componentes.

Por tanto, para aplicar esta calificante de gravedad, la SMA debe acreditar los siguientes presupuestos: (i) que exista una infracción imputable a mi representada; (ii) que esta infracción haya causado daño ambiental; y (iii) que éste sea irreparable. En tal sentido, el daño a que alude el artículo 36 N° 1 y 2 de la LOSMA corresponde al daño ambiental, definido como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"¹ (artículo 2 letra f, Ley N° 19.300).

De este modo, para la concurrencia de esta calificante, se debe acreditar que existe una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a uno de sus componentes, el cual conforme ha sido señalado por nuestros tribunales superiores de justicia, requiere que **se cause efectos que van más allá de impactos que pueden ser considerados aceptables y que debe ser determinada caso a caso.**

Esta caracterización de la significancia de la alteración está dada por diversos factores que determinan la existencia del daño ambiental, entre ellos, el grado de perturbación del medio ambiente o de alguno de sus componentes, su vulnerabilidad, la duración del evento, la extensión de la afectación, la valoración social del bien, entre otros². Se hace presente que el criterio de la significancia no corresponde a una elaboración sólo propio de nuestra legislación, sino que también a legislaciones comparadas, como por ejemplo la Directiva Europea 2004/35/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, 21 de abril de 2004.

¹ Especial interés tiene la sentencia Rol 21.327-2014, "Fisco de Chile, Vega Araya Carlos con Arzobispado de La Serena" de 20 de noviembre de 2014, que en lo que interesa señala lo siguiente:

"Duodécimo: (...) La palabra significativo conlleva la idea de una cierta valoración negativa mínima para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentren por debajo de ese mínimo no constituyen daño ambiental, aunque comparten un cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes. Debido, por otra parte, a que la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significancia de los daños infligidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan al respecto los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva. (Rajael Valenzuela Fuenzalida, "El Derecho Ambiental, presente y pasado, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pág. 318).

Decimotercero: Que de este modo no es preciso considerar que el concepto de la significancia del daño no concurre, puesto que no se establecieron elementos fácticos que sustenten que el daño invocado se trate de un deterioro relevante, en este caso, al área que constituye la zona declarada típica y de conservación histórica donde se encuentra ubicado el inmueble."

² GreenLab. Dictuc. (2012) Metodología para la Determinación y Caracterización del Daño Ambiental y del Peligro de Daño Ocasionado. GreenLab. Dictuc. (2014) Metodología para la Elaboración de Planes de Reparación del Daño Ambiental. Proyecto de Bienes Públicos para la competitividad W 12BPC2-13533, financiado por CORFO Innova con mandantes Superintendencia del Medio Ambiente y Servicio de Evaluación Ambiental.

De esta forma, el daño ambiental, en los términos consagrados en la LOSMA, **forma parte de la descripción de la conducta reprochada**, siendo de competencia de la Superintendencia, en este ámbito, determinar su existencia (significancia de la alteración o detrimento), su carácter de reparable o irreparable, así como su importancia.

Pues bien, nada de lo anterior ha sido desarrollado por la Superintendencia en la formulación de cargos pues tal como se pasará a exponer, los antecedentes técnicos referidos al componente flora asociado a la infracción imputada dan cuenta precisamente de la inexistencia de un daño ambiental no susceptible de reparación provocado por la infracción imputada a mi representada.

En tanto, el carácter reparable o no del daño, debe analizarse desde la posibilidad de ejecutar una restauración ecológica, entendiendo por tal, la actividad deliberada que inicia o acelera la recuperación de un ecosistema con respecto a su salud, integridad y sostenibilidad³. Es conocido en la experiencia internacional, y siguiendo los mismos referentes usados por la SMA, que la reparación del daño ambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante diversos tipos de medidas, que en el contexto regulatorio comparado, incluyen toda acción o conjunto de acciones, incluidas las medidas paliativas o provisionales, que tenga por objeto reparar, rehabilitar o reemplazar los recursos naturales y servicios dañados, o facilitar una alternativa equivalente a los mismos⁴.

Por tanto, **cuando sea posible ejecutar alguna de estas medidas de reparación, incluyendo medidas paliativas y compensatorias, estaremos hablando de daño reparable.**

Así, y dado que se considere la existencia de daño susceptible de reparación, el órgano instructor debe igualmente fundar las razones por las cuales la conducta imputada es considerada como provocadora de un daño, y no de un impacto significativo. Lo anterior pues la frontera entre una y otra figura será determinante para considerar una conducta como una infracción gravísima, con todas las consecuencias que además se derivan de la calificación de "daño".

Que, en efecto, no se ha efectuado por parte de la SMA un análisis que estudie, en los hechos y en el derecho, una calificación de gravedad asociada a daño. Respecto de ella, y tal como se pasará a exponer en los capítulos que siguen, no existen antecedentes que permitan fundar los efectos de la infracción imputada como un daño ambiental irreparable.

³ *Society for Ecological Restoration (SER) International*, Grupo de trabajo sobre ciencia y políticas. 2004. Principios de *SER International* sobre la restauración ecológica. www.ser.org Tucson: *Society for Ecological Restoration International*.

⁴ Véase Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, 21 de abril de 2004, Anexo I.

Así, los presupuestos normativos para aplicar la calificante de gravedad del literal a) del artículo 36 de la LOSMA, invocada en la Formulación de Cargos, no concurren en el caso de la infracción imputada, dando lugar a una clara vulneración del deber de fundamentación de los actos administrativos por parte del órgano instructor, de garantizar un debido proceso y la debida proporcionalidad entre la posible infracción administrativa, los hechos, y la magnitud de la sanción potencialmente impuesta.

II. Del supuesto daño ambiental irreparable.

a) Las especies afectadas son objeto de medidas de reforestación / compensación.

Que, es el propio artículo 153 del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que establece el permiso para la corta de árboles y/o arbustos aislados ubicados en áreas declaradas de protección.

De esta manera, es el propio sistema legal-forestal el que permite, en base a consideraciones técnicas, la ejecución de medidas de protección ante la corta de este tipo de especies, considerando –por tanto- que su intervención no es precisamente irreversible.

Es más, la propia formulación de cargos establece como un cargo independiente la omisión de reforestar especies determinadas de guayacanes (Cargo N° 4), dando cuenta que el proyecto ya consideró la posibilidad de intervención de ésta y otros tipos de especies de flora y vegetación, evaluando ambientalmente su extensión e impacto para efectos de subsanar la misma.

Así, no se entiende cómo en la evaluación, y en la propia formulación de cargos, se atiende a un criterio de irreparabilidad respecto de una especie cuya reforestación es tratada en la misma resolución, contraviniendo por tanto el principio que la propia SMA considera para la irreparabilidad del supuesto daño.

Que, de acuerdo a lo indicado por la SMA, en el Resuelvo II de la formulación, la infracción N°9 se clasifica como gravísima, de conformidad con lo dispuesto en los literales a) y f) del numeral 1 del artículo 36 de la LO-SMA, *“por constituir hechos, actos u omisiones que contravienen las disposiciones pertinentes, que han ocasionado daño ambiental no susceptible de reparación”*.

Sin embargo, no existen fundamentos técnicos ni jurídicos que puedan dar contenido a la aseveración antes indicada, máxime cuando las propias especies consideran, desde un punto de vista legal, la posibilidad de corta, reforestación y compensación.

b) De la reducción y fragmentación asociada a la supuesta infracción.

De acuerdo a la formulación de cargos, los antecedentes con que cuenta la SMA darían cuenta de la reducción y fragmentación irreversible del patrimonio natural del sitio prioritario para la conservación Cordillera El Melón. Lo anterior, -prosigue el órgano fiscalizador- estaría dado por los *efectos sobre la flora y vegetación nativa, y sobre el hábitat de especies de fauna nativas expuestos en los numerales 12, 13, 14, 16 y 18 de la misma resolución, que darían cuenta que el grado de perturbación es absoluto o total, en vista de que se constataron áreas con eliminación total de la vegetación a través de la sepultura y/o extracción total de la misma por el aumento y extensión del rajo; perdiendo completamente la estructura y funcionamiento de las comunidades vegetales en el área de influencia directa de las actividades.*

Que, la SMA advierte que las actividades de mina Cardenilla habrían ocasionado la pérdida total de 26,61 ha (según lo estimado por la SMA en la referida resolución) de las que 16,27 ha formarían bosques dentro de la microcuenca en que se emplaza el proyecto siendo en ese ámbito en el que debe ser analizada la resiliencia de este ecosistema forestal. Es decir, el ecosistema forestal del sitio prioritario para la conservación de la biodiversidad "Cordillera El Melón" habría sido alterado, en términos de superficie de bosque nativo y formaciones xerofíticas, sólo en un **0,042%**.

Por tanto, dentro del contexto en el que se encuentra ubicada la operación de mi representada, no es posible asegurar que por el solo hecho de afectar la superficie antes referida se haya generado una reducción o fragmentación del medio en el que se encuentra, ni menos quebrado el equilibrio biológico del sitio ni de sus servicios ecosistémicos.

Por su parte, y en el contexto de la microcuenca donde se emplaza el proyecto, en **términos de superficie, se habría perturbado el 7,42% de los bosques existentes en la microcuenca y el 8,06% de las formaciones xerofíticas existentes en la misma.**

Por otro lado, **la disminución de la superficie de hábitat de la especie *Porlieria chilensis* a nivel del sitio prioritario Cordillera el Melón es de 0,067%**, lo que, en ningún caso, compromete la sobrevivencia de la especie en dicho sitio prioritario. A su vez, la pérdida de hábitat para las diferentes especies presentes, siguiendo las cifras informadas por la SMA, alcanzaría un total de 26,61 ha. Sin embargo, la pérdida de hábitat de la especie *Porlieria chilensis* alcanzaría a 7,08 ha, **lo que equivale a un 3,98% de la superficie de la microcuenca.** Se adjunta, en Anexo 1 de esta presentación, plano que identifica la ubicación de los individuos de la especie *Porlieria chilensis* censado en la microcuenca, durante los meses de mayo y agosto de 2017.

En conclusión, tanto la disminución de ejemplares como la disminución de la extensión del hábitat de la especie en caso alguno podrían comprometer la sobrevivencia de la misma en la microcuenca.

c) De la irreversibilidad del efecto asociado a la supuesta infracción.

Así, descartada la existencia de antecedentes en este proceso que permitan sostener una fragmentación del área afectada, se pasa a demostrar –además– que la afectación objeto de la formulación de cargos no tendría un carácter irreversible.

En este sentido, para determinar la irreversibilidad de un fenómeno de reducción y/o fragmentación, es necesario establecer primero el grado de resiliencia del medio en el que se provoca dicho impacto. En efecto, Holling (1973)⁵, sostiene que la resiliencia corresponde a la persistencia de interrelaciones en un sistema y es una medida de la capacidad ex post de absorber cambios, modificar variables y parámetros, logrando así permanecer. En el mismo sentido, Thompson (2009)⁶, sostiene que la capacidad de recuperación es la capacidad de un bosque de soportar (absorber) presiones externas y volver, con el correr del tiempo, a su situación antes de la perturbación.

Por tanto, una manera de enfrentar la disminución de la capacidad del ecosistema forestal para proporcionar servicios consiste en aplicar medidas tales como recuperación del suelo y revegetación. Existen técnicas probadas en recuperación forestal, tanto en nuestro país como a nivel comparado, que permitirían sostener una recuperación de los ecosistemas forestales bajo las mejores técnicas disponibles tal como lo establecen los criterios de la Unión Europea⁷.

En el caso de las alteraciones al ecosistema forestal de la microcuenca en donde se emplaza el proyecto, sería posible llevar a cabo distintas acciones de recuperación en parte de la superficie afectada y de este modo recuperar, en cierta medida, su capacidad de prestar servicios.

En efecto, la mayoría de las especies de las distintas formaciones vegetacionales presentes en el área de influencia poseen la capacidad, después de haber sufrido afectación o haberse alterado su hábitat, de recuperarse en un plazo razonable, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección (como

⁵ Holling, C.S. 1973. Resilience and Stability of Ecological Systems. Annual Review of Ecology and Systematics 1973 4:1, 1-23.

⁶ Thompson, I., Mackey, B., McNulty, S., Mosseler, A. (2009). Forest Resilience, Biodiversity, and Climate Change. A synthesis of the biodiversity/resilience/stability relationship in forest ecosystems. Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Montreal. Technical Series no. 43, 67 pages.

⁷ Nuestro país cuenta con valiosas experiencias al alero de la Iniciativa de Restauración de Ecosistemas Forestales (FERI por sus siglas en inglés), entre ellas las obras de conservación de suelo vinculadas a los enfoques de la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (CNULD) y de rehabilitación y restauración ecológica que consideran las directrices internacionales de las Convenciones en materia ambiental de Naciones Unidas, de la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales y de la Estrategia Nacional de Biodiversidad actualizada.

por ejemplo exclusión, prohibición de tránsito de personas y de ganado, cortafuegos, etc.). Incluso, puede sostenerse que la mayoría de las especies arbóreas presentes en el área de influencia poseen buena capacidad de regeneración después de eventos catastróficos como, por ejemplo, incendios forestales.

Por tanto, resulta infundado indicar que los efectos ambientales derivados del cargo N°9 tengan un carácter irreversible, es más, existen antecedentes que permitirían descartar que la afectación sea constitutivo de un “daño ambiental” para los efectos establecidos por la Ley N° 19.300.

d) De la extensión del supuesto daño.

Asimismo, en cuanto a la extensión de los efectos, la SMA constató la supuesta eliminación de 9,19 ha. de bosque nativo de conservación y protección; de 7,08 ha. de bosque nativo de preservación con presencia de la especie de flora silvestre “vulnerable” *Porlieria chilensis* (Guayacán); y 10,34 ha. de formación xerofítica, lo que a juicio de la Fiscal Instructora se considera “extenso” (Resuelvo II letra a) párrafo 2° de la formulación de cargos).

La extensión del supuesto daño ha de ser considerada en el contexto espacial dentro del cual se encuentra. Así, se reitera que los servicios que constituyen el ecosistema forestal del sitio prioritario para la conservación de la biodiversidad “Cordillera El Melón” habrían sido alterados, en términos de superficie, sólo en un **0,042%**, **por lo que no es posible entender cuál es la fundamentación de la SMA para el establecimiento de la extensión, máxime cuando ella no se apoya en un antecedente técnico o discursivo distinto o adicional a la afirmación ya transcrita (“extenso”).**

Que, en tanto, en lo que se refiere a la supuesta fragmentación de hábitat y poblaciones, y en particular de la especie *Porlieria chilensis*, las acciones que han afectado directa e indirectamente a ejemplares no sugieren amenazas a la población de esta especie en la microcuenca **por una mayor fragmentación y generación de subpoblaciones con efecto en sus intercambios genéticos del área de distribución geográfica por cuanto la corta de 7,08 ha (según cifras de la SMA), sólo afecta a una muy reducida fracción del área de distribución local.**

e) De la duración del efecto.

Por otra parte, la duración o persistencia del efecto es considerada por la SMA como prolongada, considerando que la regeneración de la vegetación depende de la existencia de un sustrato que lo mantenga (el cual se habría eliminado producto de las excavaciones o se habría sepultado por la depositación de los residuos mineros), concluyendo, por tanto, que

la duración de los efectos se considera permanente e indefinida ” (Resuelvo II letra a) párrafo 2° de la formulación de cargos).

En este escenario, la SMA estima que la reversibilidad de los efectos se consideraría imposible a una escala de tiempo humana, pues dependería de que se recupere el suelo, como primer requisito, el cual es un recurso natural no renovable y que en este caso presentaría características de vulnerabilidad extrema, por cuanto corresponde a suelo de clase 7 u 8.

Que, de acuerdo a lo indicado en los párrafos anteriores, el efecto en ningún caso resulta ser permanente e indefinido. Ello pues, además de ser reversible, es posible sostener que la incidencia de los **impactos ocasionados por los hechos que fundamentan el cargo sobre los componentes suelo y vegetación se manifiestan sólo en el corto y en el mediano plazo y pueden durar y permanecer en el largo plazo sólo si no se adoptan medidas de recuperación.**

f) **Conclusiones.**

De este modo, la formulación de cargos, y los antecedentes que la fundan, no permiten concluir que exista un daño ambiental irreparable, en el sentido que sea un efecto imposible de reparar a una escala humana, exponiendo –sin antecedentes que lo fundamenten- que la recuperación del medio afectado sería imposible a una escala de tiempo humano. Por el contrario, tal como se indicó, **respecto a la susceptibilidad de reparación de la perturbación ambiental causada mediante la ejecución de las mejores técnicas disponibles de recuperación, se concluye que técnicamente es posible y en un plazo razonable llevar a cabo diversas medidas que propendan a mejorar la estructura y el funcionamiento del ecosistema forestal.**

En la actualidad la disciplina forestal ha efectuado grandes avances a nivel nacional e internacional, por lo que aseverar, infundamente y sin antecedentes que permitan sostenerlo, que los efectos de la perturbación ambiental causada por la infracción imputada son irreversibles e irrecuperables en plazos a escala humana, no se corresponden con las modernas técnicas de recuperación de ecosistemas forestales actualmente utilizadas.

Por lo mismo, se hace presente que de lo expuesto se colige claramente **que la afectación objeto de la formulación de cargos carece de la totalidad de los elementos que la propia SMA ha considerado para evaluar y calificar la ocurrencia de un daño ambiental.** En este entendido, mi representada comprende que, de los hechos que fundan el Cargo N° 9, se derivaron impactos adversos y significativos al sitio descrito, sin embargo, no es posible extraer de la propia formulación los fundamentos que acreditan que dicho impacto tenga el carácter de daño, ni menos que éste sea irreparable.

Lo anterior, no sólo porque la afectación se califica técnicamente como reversible y reparable, sino también porque la pérdida de estructura y funcionamiento de las comunidades vegetales sería menor, la extensión del impacto sería acotada a un área específica, y la pérdida de hábitat no se visualizaría como una amenaza a la población presente en la microcuenca por lo que la probabilidad de extinción de la especie en ella sería nula y su sobrevivencia no se encontraría en riesgo.

IV. PETICIONES CONCRETAS.

En atención a los fundamentos de hecho y consideraciones jurídicas invocadas, solicito tener por interpuestos los presentes descargos, admitirlos a tramitación y, en definitiva, acoger estas consideraciones en todas sus partes, disponiendo lo siguiente: **La recalificación de gravedad asociada al Cargo N° 9, el que sólo debiese considerarse como gravísima en razón de lo dispuesto por el artículo 36 N° 1, literal f) de la LOSMA, descartando la aplicación del literal a) del mismo artículo.**

EN EL PRIMER OTROSÍ: Se hace presente que mi representada hará uso de los medios que prueba que franquea la ley durante la instrucción de este procedimiento sancionatorio, de modo de acreditar los hechos en los cuales fundamenta sus descargos. Estos medios de prueba buscarán acreditar las circunstancias objetivas de los supuestos de hecho de este procedimiento y las circunstancias objetivas que configuran las circunstancias alegadas.

En particular, y sin perjuicio de dar cuenta de otros medios de prueba, se rendirá al menos las siguientes probanzas:

1. Prueba documental.
 - a. Informe técnico forestal elaborado por doña Lorena Flores Toro, ingeniera forestal y académica de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
2. Prueba testimonial.
 - a. Doña Lorena Flores Toro, ingeniera forestal y académica de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, que desarrolla estudios técnicos vinculados precisamente al sitio Cordillera El Melón donde se ubica el proyecto objeto de la formulación de cargos.

Que, éstos y otros medios de prueba serán esenciales para descartar la "irreparabilidad" del daño imputado por esta Superintendencia en el Cargo N° 9 de la Res. Ex. N° 1/Rol F-009-

2018, sobre todo considerando todos los elementos asociados a dicha figura y que han sido expuestos en lo principal de esta presentación.

A su vez, en el caso específico de la prueba testimonial, la declaración experta permitirá dar cuenta de manera acabada de las metodologías aplicadas para el desarrollo de la prueba documental y la validez de sus conclusiones, abriendo además la posibilidad de que sea esta misma Superintendencia la que pueda formular de manera directa aquellas consultas que estime determinantes para disipar cualquier duda al respecto. En este sentido, el testigo será presentado directamente por mi representada previa coordinación de fecha y hora con la sra. Fiscal instructora del procedimiento.

Que, lo anterior, se ofrece sin perjuicio de los demás medios probatorios que el titular pueda aportar durante esta instrucción, los que serán informados oportunamente a vuestra autoridad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 35 de la Ley N° 19.880 y los arts. 50 y 51 de la LOSMA.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a Ud. tenga por acompañada a esta presentación, en su Anexo, la información técnica que acredita lo informado en lo principal de este escrito, en específico, Plano que identifica la ubicación de los individuos de la especie *Porlieria chilensis* censado en la microcuenca, durante los meses de mayo y agosto de 2017.

Sin otro particular, se despide atentamente,



Cecilia Urbina Benavides

pp. Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero (EXPLODESA)

Anexo: Plano que identifica la ubicación de los individuos de la especie *Porlieria chilensis*, mayo y agosto de 2017.

