

MAT.: Formula observaciones a la prueba.

REF.: Expediente de Sanción N° A-002-2013.

PL-066/2016

Santiago, 31 de mayo de 2016



Sra.

Camila Martínez

Fiscal Instructora

División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente

Presente.

JAVIER VERGARA FISHER, en representación de **Compañía Minera Nevada SpA** (en adelante e indistintamente, "**CMN**"), ambos domiciliados para estos efectos en la Concepción 141, of. 1106, Comuna de Providencia Región Metropolitana de Santiago, en procedimiento sancionatorio Rol **A-002-2013**, a Ud. digo:

Por el presente acto vengo en formular un conjunto de observaciones, tanto respecto de la prueba que ha sido rendida en el presente procedimiento sancionatorio, así como en lo relativo a las implicancias que en él mismo ha podido tener la sentencia de 3 de marzo de 2014 dictada por el Ilustre Tribunal Ambiental en autos Rol R-006-2013.

El desarrollo de este escrito permite extraer un conjunto de conclusiones útiles tanto para la emisión del dictamen del Fiscal Instructor, como para la dictación de la resolución de término de la fase administrativa que recaerá en estos autos. Las principales son las siguientes:

- (i) La sentencia de 3 de marzo de 2014 recaída en causa rol R-6-2013 del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago anuló parcialmente la resolución N° 477 de 24 de mayo de 2013 y dispuso que la Superintendencia del Medio Ambiente deberá motivar adecuadamente el acto administrativo que se dicte en estos autos, corregir vicios del procedimiento, así como considerar un conjunto de razonamientos expuestos en sus considerandos, entre otras instrucciones.
- (ii) **Es pertinente señalar, sin embargo, que las instrucciones contenidas en el fallo no pueden alterar las normas legales que regulan el ámbito de competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente y del propio Tribunal Ambiental.** En tal sentido, es claro que la apreciación de los méritos técnicos envueltos en la decisión de este asunto se encuentran dentro de la esfera de potestades de la Superintendencia del Medio Ambiente y que corresponde al Tribunal Ambiental, revisar tal decisión para los efectos de corregir una ilegalidad, en el caso que esta se reclame.

- (iii) La presente discusión es de la máxima importancia para la adecuada resolución de este asunto. En efecto, en vistas de un fallo que se extiende latamente sobre cuestiones técnicas complejas, se hace indispensable discernir cuál es el estándar de revisión que la ley reserva al tribunal y cuál es el espacio de discrecionalidad que le corresponde a la SMA.
- (iv) Sin perjuicio de la existencia de otro conjunto de argumentos que desarrollamos más adelante, es preciso recordar que la propia Ley 20.600 prohíbe a los Tribunales Ambientales extenderse sobre estas cuestiones. Al respecto, su artículo 30 inciso 2° explicita que la sentencia que acoge la acción intentada no podrá ***“determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*** (énfasis agregado).
- (v) De este modo, la SMA cumple con lo ordenado por el Tribunal Ambiental en la medida que acató lo mandatado en la parte resolutive de la Sentencia del 3 de marzo de 2014, reabriendo el procedimiento de sanción, disponiendo la corrección de los vicios de procedimiento y la realización de diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades establecidas en la sentencia, para luego proceder a ponderar los antecedentes de que dispone y resolviendo, en lo sucesivo, dentro del amplio espectro que la ley le reserva.
- (vi) **Un segundo aspecto relevante es la decisión que la administración debe tomar sobre la manera de sancionar o absolver de los cargos a mi representada.** Como esta parte ha alegado reiteradamente, los cargos formulados se hallan relacionados de manera tal que no es posible sancionarlos independientemente sin infringir el principio *non bis in idem*, recogido explícitamente en la LOSMA.
- (vii) Es un dato que salta a la vista el que los hechos que fundamentan los cargos formulados han sido desagregados por componentes de acuerdo a criterios más o menos arbitrarios, en circunstancias que existe, entre ellos, una evidente unidad de acción y unos mismos bienes protegidos. Para estos efectos mi representada propuso una agrupación de cargos que, de ser sancionados debieran serlo en conjunto, pues de otro modo se estará sancionando doblemente y sin sujeción a ningún principio de proporcionalidad.
- (viii) Si bien es cierto que la autoridad podría diferir del criterio utilizado por esta parte para efectuar tal agrupación, no corresponde que ignore la norma del artículo 60 inciso 2° que respalda nuestra posición e indica, con claridad, que ***“En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”***.
- (ix) **Un tercer aspecto dice relación con el análisis y atribución sobre la intencionalidad que pueda hacerse a mi representada en relación con las acciones, omisiones y hechos que fundan los cargos materia de este sancionatorio.**

- (x) Como veremos, existen dos cuestiones fundamentales que deben ser consideradas, a saber: que el Ilustre Tribunal Ambiental ha requerido considerar, para los efectos de agravar algunas de las infracciones establecidas en el artículo 35 de la LOSMA, una intencionalidad que no puede ser determinada sobre la base exclusiva de un comportamiento negligente sino que -de acuerdo con los términos expresos del artículo 36- requiere de la prueba del dolo o intención directa; y, en segundo término, que la intencionalidad establecida en el artículo 40 letra d) también requiere la prueba de un ánimo específico, esto es, de hechos que den cuenta de la existencia de **dolo directo**.
- (xi) Como corolario de lo señalado, se desprende inequívocamente que no hay antecedente en este procedimiento --que haya sido producido, antes o después de la sentencia del Tribunal Ambiental-- del que se pueda desprender tal dolo y que las apreciaciones efectuadas por los terceros interesados carecen de fundamento fáctico y legal y, como es obvio, sólo persiguen agravar artificialmente la situación de la compañía.
- (xii) Por último, dos cuestiones significativas que apuntan directamente a las potenciales consecuencias ambientales de los cargos que se imputan a mi representada deben ser esclarecidas. La primera, la generación de riesgo a la salud de la población; la segunda, la existencia de daño ambiental y su reparabilidad.
- (xiii) Sobre el primer asunto, los antecedentes y el análisis de los mismos que se incluye en este documento permite concluir que no es efectivo que se haya generado riesgo para la salud de la población. En efecto, la Minuta Técnica DFZ incurre en un conjunto amplio de errores metodológicos que afectan sus conclusiones; la caracterización de la exposición se realiza sobre un escenario hipotético de exposición que no tiene ninguna relación con la realidad y tal como se señala en la propia Minuta Técnica DFZ, ella no cuenta con *“herramientas específicas orientadas a identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo obtenidos en un sitio y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por tanto impide confirmar o descartar que el Proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel riesgo pre-existente en el territorio.”*
- (xiv) Añadamos a esto que tanto la Minuta Técnica DFZ como el Informe preparado por los expertos de esta parte, coinciden en cuanto a concluir que la calidad de aguas del río (Punto NE-8), ubicado aguas abajo del proyecto, presenta concentraciones para los parámetros analizados, en valores que naturalmente exceden la norma (y en ciertos casos incluso exceden los valores de calidad de agua observados en el área del proyecto). Esta situación se observa desde antes del inicio de la ejecución del Proyecto Pascua Lama. Evidentemente no es posible atribuir responsabilidad a mi representada con los datos a que hacemos referencia.

- (xv) Sobre el segundo asunto, esto es, la existencia de daño ambiental y su reparabilidad, hacemos presente con detalle en este escrito la evidencia generada durante este procedimiento –tanto por esta parte, como por organismos del Estado con competencia ambiental- que dan cuenta de un proceso de reparación del área afectada, lo que evidentemente es incompatible con la noción de irreparabilidad que justificaría la calificación de la infracción correspondiente como gravísima.
- (xvi) Junto con el análisis de los antecedentes allegados al procedimiento administrativo, nuestro escrito hace un llamado a considerar el deber de proporcionalidad en la aplicación de la infracción, así como tener en cuenta que:
- CMN no ha evitado el ejercicio de atribuciones de la Superintendencia de Medio Ambiente. En efecto, el proceso sancionatorio se inicia luego de la autodenuncia efectuada por CMN en enero del 2013.
 - La mayoría de los cargos se deben a retrasos en la construcción de instalaciones o por no estar en plena operatividad al momento de producirse los incidentes de diciembre de 2012 y enero de 2013.
 - Al momento de calcular eventuales multas y aplicar los conceptos de beneficio económico y ahorro financiero deben considerarse todas las inversiones realizadas en las instalaciones del sistema de manejo de aguas efectivamente construidas por CMN.
 - Un análisis de los costos efectivos en que ha incurrido mi representada, los que no incluyen los altos impactos financieros que la compañía ya ha experimentado, a partir de la dictación de la Resolución Exenta 477.
- (xvii) CMN ha demostrado una conducta posterior positiva asociada al cumplimiento de las exigencias que se estiman infringidas y de las medidas y condiciones impuestas por la SMA en su Resolución 477, las cuales deben tenerse en cuenta, conforme al artículo 40 de la LOSMA.
- (xviii) Por último, como se dará cuenta en lo sucesivo, los antecedentes más robustos permiten concluir que no corresponde agravar la sanción originalmente cursada a mi representada y más tarde anulada. Más aún, procede a juicio nuestro atenuarla, en consideración al análisis pormenorizado de los cargos y las probanzas allegadas al procedimiento, que se efectúa a continuación.

Para efectos de orden, el presente escrito será desarrollado de conformidad con el siguiente índice:

A. PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCESO DE SANCIÓN.

| | |
|--|----|
| I. BREVE RESEÑA DE PROCESO QUE CONCLUYÓ CON RESOLUCIÓN 477. | 10 |
| II. FALLO DEL TRIBUNAL AMBIENTAL – NULIDAD DE RESOLUCIÓN 477. | 11 |
| III. RESOLUCIÓN 696: REAPERTURA DEL PROCESO DE SANCIÓN: CONSIDERACIONES SOBRE LOS NUEVOS ANTECEDENTES INCORPORADOS AL PROCESO. | 11 |

B. SEGUNDA PARTE: ALGUNAS CONSIDERACIONES NECESARIAS EN RELACIÓN CON EL ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL: RECLAMACIONES DE ACTOS DICTADOS EN EJERCICIO DE POTESTAD SANCIONATORIA. 12

| | |
|--|----|
| I. LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. | 12 |
| II. EL ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL EN LA LEY N° 20.600 ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 30 IMPIDE AL TRIBUNAL AMBIENTAL AFECTAR LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA SMA. | 14 |
| III. PRECISIONES EN CUANTO AL “CONTENIDO DISCRECIONAL” DEL ARTÍCULO 30. VALORACIONES TÉCNICAS. | 15 |
| IV. EN EL CASO CONCRETO DE PASCUA LAMA EL TRIBUNAL AMBIENTAL HA AFECTADO GRAVEMENTE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA SMA EN CLARA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 30. | 15 |
| V. EN EL ÁMBITO DISCRECIONAL QUE LE CORRESPONDE, LA SMA ES LA LLAMADA A DEFINIR LAS VALORACIONES TÉCNICAS SOBRE LAS CUALES HABRÁ DE DICTARSE EL NUEVO ACTO ADMINISTRATIVO. | 16 |

C. TERCERA PARTE: OBSERVACIONES QUE DEBEN SER CONSIDERADAS PREVIO AL ANÁLISIS DE LA PRUEBA RENDIDA. 18

| | |
|--|----|
| I. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EXIGE LA AGRUPACIÓN DE LOS CARGOS FORMULADOS. | 18 |
| II. LA INTENCIONALIDAD A QUE SE REFIERE EL SISTEMA DE SANCIONES ESTABLECIDO EN LA LOSMA, TANTO PARA AGRAVAR LAS INFRACCIONES COMO PARA DETERMINAR LAS SANCIONES APLICABLES, REQUIERE LA PRUEBA DE UNA INTENCIÓN O DOLO DIRECTO. | 20 |
| III. LA PRUEBA RENDIDA PERMITE CONCLUIR QUE NO HA EXISTIDO RIESGO A LA SALUD DE LA POBLACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LAS INFRACCIONES CONTENIDAS EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS. | 23 |
| IV. LA DISCRECIONALIDAD DE LA SMA EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES NO ES ABSOLUTA. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD OPERA COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. | 28 |
| 1. <i>Imputación de gastos efectivamente desembolsados al beneficio económico: los valores que surjan producto del cálculo del beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción deben necesariamente ser contrastados con los montos efectivamente desembolsados por el presunto infractor.</i> | 29 |

D. CUARTA PARTE: OBSERVACIONES A LA PRUEBA RENDIDA EN RELACIÓN CON LOS 23 HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN DESCRITOS EN EL ORDINARIO U.I.P.S. N°58 DE 24 DE MARZO DE 2013 (LA “FORMULACIÓN DE CARGOS”). 32

| | |
|---|----|
| I. DE LA RES. EX. N°1191 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2016 (LA “RESOLUCIÓN 1191”). | 32 |
| II. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RCA N°24/2006. | 32 |
| 1. CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE INTERCEPCIÓN Y DESVÍO DE AGUAS DE NO CONTACTO DISTINTO AL APROBADO POR LA RCA 24/2006, CONSIDERANDO 4.3.1 a.1). HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 23.1, 23.2 y 23.3 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS. | 33 |
| 1.1. <i>Alegaciones y defensas planteadas por CMN respecto de los hechos infraccionales 23.1, 23.2 y 23.3 en conjunto.</i> | 33 |
| 1.1.1 Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos 23.1, 23.2 y 23.3 se refieren todos a incumplimientos de una misma medida, el Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto. | 34 |
| 1.1.2 No existen en el procedimiento sancionatorio antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, ni en razón del daño ambiental generado, ni de la intencionalidad en la comisión de la infracción. | 35 |
| (i) No existen antecedentes suficientes que permitan confirmar o descartar que el Proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo pre-existente en el territorio. En particular, no existe antecedente alguno que permita concluir que las infracciones incluidas en los N°s 23.1, 23.2 y/o 23.3 han generado riesgo alguno a la salud de la población. | 35 |
| (ii) Los interesados no han probado sus alegaciones respecto de la generación de daño ambiental por contaminación de las aguas causada por el manejo de los eventos de diciembre 2012 y enero 2013 por parte de CMN. | 36 |
| (iii) La prueba aportada al procedimiento descarta de manera evidente la existencia de un supuesto daño ambiental irreparable causado a las vegas andinas. | 37 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| a. | El Memorandum N° 258/2013 de la División de Fiscalización de la SMA estableció inicialmente la irreparabilidad en ausencia de la información que ha demostrado la recuperación y recuperabilidad de las vegas afectadas..... | 38 |
| b. | Ordinario N° 664/2015 de 1 de octubre de 2015, Evacuado por el SAG..... | 39 |
| c. | El Informe Pericial "Respuestas ORD N° 755 de 2015", BIOMA S.A. Consultores Ambientales ratifica las conclusiones arribadas por el SAG en cuanto a la resiliencia y recuperabilidad de los sistemas vegetacionales afectados..... | 40 |
| d. | El Análisis Multitemporal Vegas Afectadas por Eventos Aluvionales Proyecto Pascua-Lama, elaborado por BIOMA S.A. Consultores Ambientales, demostró la inexistencia de afectación a la Vega Sur así como el crecimiento y recuperabilidad de la Vega Norte. | 40 |
| e. | La propia Inspección Personal Faena Minera Pascua Lama, del 20 de enero de 2016, según Res. Ex. D.S.C./P.S.A. N° 1191 pudo constatar la recuperabilidad de las áreas inicialmente afectadas. | 41 |
| f. | El Ordinario N° 842/2016 SAG que remite Informe de Visita Inspectiva también da cuenta del incremento de la cobertura vegetal del área inicialmente afectada..... | 42 |
| g. | El Informe Pericial tras la Inspección Personal realizado por BIOMA S.A. Consultores Ambientales también constata la tendencia a la expansión del área inicialmente afectada y la existencia de claros signos de recuperación. | 42 |
| h. | Finalmente, el Informe Técnico elaborado por el Ingeniero Agrónomo, don Orlando Macari Rosales, reconoce el amplio margen de error en las áreas medidas. | 43 |
| 2. | INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERANDO 4.3.2. 1.1) Y 4.5.2 b) DE LA RCA 24/2006, CONTAR CON UN SISTEMA DE TRATAMIENTO DE DRENAJE ÁCIDO DISTINTO AL EVALUADO. HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 23.4, 23.5 Y 23.6 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS. | 43 |
| 2.1 | <i>Alegaciones y defensas planteadas por CMN.</i> | 44 |
| 2.1.1 | La Planta de Tratamiento de Drenajes Ácidos fue implementada con una unidad de aireación que cumple los mismos objetivos que la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno..... | 44 |
| 2.1.2 | La Unidad de Osmosis Inversa ha sido ya construida y se encuentra operando. | 45 |
| 2.1.3 | Actualmente se encuentra pendiente el pronunciamiento de la autoridad ambiental respecto de la eliminación del sistema de evaporación forzada. En todo caso se trata de una medida de contingencia exigible solo en años húmedos..... | 45 |
| 2.2 | <i>Alegaciones y defensas presentadas respecto de los hechos infraccionales 23.4, 23.5 y 23.6 en su conjunto</i> | 46 |
| 2.2.1 | Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos infraccionales 23.4, 23.5 y 23.6 se refieren todos al incumplimiento de una misma medida que corresponde a la falta de construcción del sistema de tratamiento de drenajes ácidos evaluado en su oportunidad..... | 46 |
| 2.2.2 | En el presente procedimiento no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población. Tampoco hay antecedentes en el procedimiento administrativo, que den cuenta de la existencia de una intención destinada a ocultar información y/o entorpecer la actividad fiscalizadora o que conlleven no acatamiento de instrucciones de la SMA. | 47 |
| 2.3 | <i>Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias.</i> | 49 |
| 2.4 | <i>De la aplicación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA</i> | 49 |
| 2.4.1 | CMN ha demostrado una conducta posterior positiva asociada al cumplimiento de las exigencias que se estiman infringidas y de las medidas y condiciones impuestas por la SMA en su Resolución 477. | 49 |
| 3. | INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERANDO 7 letra a.1) DE LA RCA 24/2006, DESCARGA DESDE PLANTA DRENAJE ÁCIDO DE ROCA NO DECLARADA NI MONITOREADA. HECHO CONSIGNADO EN EL NUMERAL 23.7 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS. | 50 |
| 3.1 | <i>Alegaciones y defensas de CMN</i> | 51 |
| 4. | INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LOS CONSIDERANDOS 4.5.2 y 9.8 DE LA RCA 24/2006, FALTA DE ACTIVACIÓN DE PLANES DE RESPUESTA ASOCIADOS AL SISTEMA DE ALERTA DE CALIDAD DE AGUA SUPERFICIAL, POR EMPLEO DE UNA METODOLOGÍA DISTINTA A LA EVALUADA. HECHOS CONSIGNADOS EN EL NUMERALES 23.8 Y 23.9 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS. | 52 |
| 4.1 | <i>Alegaciones y defensas planteadas por CMN.</i> | 52 |

| | | |
|-------|--|----|
| 4.1.1 | Alegaciones y defensas de CMN en relación con el hecho N°23.8: CMN empleó una metodología distinta actuando bajo el amparo de un pronunciamiento de la autoridad ambiental competente..... | 52 |
| 4.1.2 | Alegaciones y defensas en relación con el cargo 23.9: los niveles de alerta se calculaban en base a la metodología que fue incluida en la pertinencia de ingreso que obtuvo un pronunciamiento favorable en junio de 2012, en base a dicho cálculo no se generaban excedencias..... | 54 |
| 4.2 | <i>Alegaciones y defensas conjuntas en relación con los Cargos 23.8 y 23.9.</i> | 54 |
| 4.2.1 | Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos en cuestión se encuentran íntimamente vinculados y encadenados en relación de causa a efecto de manera que se refieren al incumplimiento de una misma medida. | 55 |
| 4.2.2 | En este procedimiento no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población. | 56 |
| | (i) Respecto de la eventual generación de daño ambiental irreparable (relacionado con la alteración de la calidad de las aguas), concluidas las obras se ha observado una tendencia sostenida a la disminución de las concentraciones. Por su parte, las afectaciones puntuales se debieron a un efecto no previsto. | 56 |
| | (ii) Respecto de la generación de un daño ambiental irreparable relacionado con eventuales efectos en la agricultura los interesados no aportaron antecedentes alguno que permitiera acreditar ni la existencia de las infracciones tampoco la causalidad entre las conductas imputadas y los supuestos daños. | 57 |
| | (iii) Respecto a la generación de riesgo para la salud de la población, no existen antecedentes en este proceso que permitan asegurar que los hechos descritos en los cargos 23.8 y 23.9 ocasionaron un riesgo para la salud de la población. Para efectos de orden, nos referiremos a esta circunstancia más adelante, con ocasión de los antecedentes generados tras la incorporación de esta circunstancia como uno de los puntos de prueba en la Resolución 1191. | 58 |
| 4.3 | <i>Antecedentes que obran en el proceso que acreditan las alegaciones y defensas invocadas por CMN, en relación con los hechos descritos en los numerales 23.8 y 23.9.</i> | 58 |
| 4.4 | <i>Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas.</i> | 63 |
| 4.4.1 | La lectura del ORD. 426 DGA Atacama, deja en evidencia una serie de conclusiones extraordinariamente importantes para este procedimiento sancionatorio, entre ellas, que el efecto en la calidad de las aguas fue puntual, acotado y ha demostrado recuperación..... | 63 |
| 4.4.2 | En relación con el punto de prueba N° 3 fijado por la Resolución 1191, y la Minuta Técnica DFZ ha sido probado que no existen antecedentes que permitan afirmar que se generó riesgo para la salud de la población como consecuencia de la falta de activación del sistema de alerta de calidad de agua superficial por empleo de una metodología distinta a la evaluada. | 65 |
| 4.5 | <i>De la aplicación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.</i> | 67 |
| 4.5.1 | El análisis del número de personas afectadas demuestra la imposibilidad de concluir la generación de riesgos para la salud de la población derivado de la ingesta directa del agua del río del Estrecho. | 67 |
| 4.5.2 | El hecho de que CMN se encontrara actuando bajo la legítima confianza que le proporcionaba el encontrarse amparada por el pronunciamiento favorable de la Dirección Ejecutiva del SEA deja en evidencia la falta de intencionalidad. | 68 |
| 4.5.3 | CMN ha demostrado una conducta posterior positiva asociada al cumplimiento de las exigencias que se estiman infringidas y de las medidas y condiciones impuestas por la SMA en su Resolución 477:..... | 70 |
| 5. | INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LOS CONSIDERANDOS 4.3.2. i.1) y 4.5.2 DE LA RCA 24/2006, CONTAR Y OPERAR UN SISTEMA DE CAPTACIÓN DE AGUAS DE CONTACTO DISTINTO AL EVALUADO, HECHOS CONSIGNADOS EN EL NUMERALES 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS. | 70 |
| 5.1 | <i>Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.10.</i> | 71 |
| 5.1.1 | Respecto de los hechos constitutivos de infracción se ha probado que el manejo diferencial de las aguas se contempla tanto en la RCA como en la evaluación y que la CCR cuenta con permisos sectoriales otorgados por la DGA. | 71 |

| | | |
|-------|---|----|
| 5.1.2 | Respecto de la calificación de gravedad se ha probado que no existen en el proceso antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población. | 72 |
| 5.2 | <i>Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.11: se ha probado que el manejo diferencial de las aguas se contempla tanto en la RCA como en la evaluación y cuenta con permisos sectoriales otorgados por la DGA.....</i> | 72 |
| 5.3 | <i>Alegaciones y defensas en relación con el cargo 23.12: Si bien los hechos constitutivos de infracción descritos respecto del Cargo 23.12 fueron aceptados por CMN, no existen en este proceso antecedentes que permitan aumentar la gravedad de la infracción, en razón de haber ocasionado daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población, cuestión que se aborda más adelante, de manera conjunta con los cargos 23.10, 23.11 y 23.13.</i> | 72 |
| 5.4 | <i>Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.13.</i> | 73 |
| 5.5 | <i>Alegaciones y defensas conjuntas en relación con los Cargos 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13.</i> | 74 |
| 5.5.1 | Los referidos hechos corresponden a una única conducta que habría consistido en la no captación y acumulación de todas las aguas de contacto en las piscinas de acumulación. | 74 |
| 5.5.2 | Ha sido acreditado en el procedimiento que no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población..... | 75 |
| (i) | En relación con la generación de riesgos para la salud de la población, durante la tramitación del presente procedimiento no se ha aportado prueba alguna que permita deducir que las infracciones asociadas a los cargos 23.10, 23.11, 23.12, y/o 23.13 hayan generado riesgo alguno para la salud de la población por ingesta directa de agua del río en el área de influencia del Proyecto. | 75 |
| 5.6 | <i>Antecedentes que obran en el proceso que acreditan las alegaciones y defensas invocadas por CMN, en relación con los hechos descritos en los numerales 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13.....</i> | 76 |
| 5.7 | <i>Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas en relación con los puntos de prueba número 5 y 3.</i> | 80 |
| 5.8 | <i>De la aplicación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.....</i> | 81 |
| 5.8.1 | Desde que CMN actuó bajo la convicción de encontrarse amparado en la RCA así como en los diversos permisos y autorizaciones que conforman el sistema de aguas no puede establecerse a su respecto la intencionalidad referida en el artículo 40 de la LOSMA. | 81 |
| 5.8.2 | Conducta posterior positiva asociada al cumplimiento de las exigencias que se estiman infringidas y de las medidas y condiciones impuestas por la SMA en su Resolución 477. | 83 |
| (i) | En relación con los cargos 23.10 y 23.11 (operación de la CCR en tanto obra de restitución)..... | 83 |
| (ii) | En relación con el cargo 23.12 (operación de línea de pozos L2). | 84 |
| 6. | INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERANDOS 9.17 DE LA RCA 24/2006, INCUMPLIMIENTO AL SISTEMA DE ALERTA DE AGUA SUBTERRÁNEA, HECHO CONSIGNADO EN EL NUMERAL 23.14 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS. | 84 |
| 6.1 | <i>Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.10.</i> | 85 |
| 6.1.1 | Respecto de los hechos constitutivos de infracción, la abundante evidencia producida durante el procedimiento permite concluir que no se han dado los presupuestos fácticos que justifique activar la condición del Considerando 9.17 de la RCA. | 85 |
| 6.1.2 | Respecto de la calificación de gravedad, no se han producido en este proceso, antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población. | 86 |
| 6.2 | <i>Antecedentes que obran en el proceso que acreditan las alegaciones y defensas invocadas por CMN, en relación con el hecho descrito en el numeral 23.14 de la Formulación de Cargos.....</i> | 86 |
| 6.3 | <i>Alegaciones y acusaciones efectuadas por los interesados respecto de este hecho infraccional.....</i> | 93 |
| 6.3.1 | Ha sido acreditado en el procedimiento sancionatorio que no se ha producido el supuesto fáctico para proceder a exigir la obligación contenida en el numeral 9.17 de la RCA 24/2006 como pretenden sostenerlo los terceros interesados. | 94 |
| 6.3.2 | CMN ha acreditado lo requerido por los terceros interesados, esto es, que los pozos monitoreados se encuentran en un estado naturalmente ácido, que la información de los pozos | |

| | |
|--|-----|
| L4 da cuenta de un efecto puntual, temporal y en retroceso en las calidades de la zona del muro; y que la información que arrojan los pozos L4 no dice relación con las calidades del agua de la zona del botadero. | 94 |
| 6.3.3 CMN ha acreditado que no corresponde comparar la información obtenida desde los pozos L4 con la información arrojada por los pozos BT3, por cuanto informan acerca de calidades de aguas provenientes de distintos acuíferos y que son afectadas por circunstancias diferentes entre sí, lo que las hace incomparables. | 95 |
| 6.4 Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas en relación con los puntos de prueba número 1 y 3. | 96 |
| 6.4.1 CMN ha acreditado en relación con el punto de prueba número 1, que no es necesario profundizar el muro cortafugas. | 96 |
| 6.4.2 En cuanto al punto de prueba número 3 ha sido acreditado que no se ha generado drenaje ácido de roca proveniente desde el botadero Nevada Norte ni que haya habido algún evento de filtración de aguas de mala calidad provenientes del botadero. | 97 |
| III. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN EXENTA N°107 DE 31 DE ENERO DE 2013 (LA "RESOLUCIÓN 107"). | 98 |
| 1. INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN, SEGURIDAD Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL RESUELVO I DE LA RESOLUCIÓN 107/2013, QUE BUSCABAN IMPEDIR LA CONTINUIDAD DE PRODUCCIÓN DE RIESGO A CAUSA DE LOS HECHOS DENUNCIADOS. HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 24.1, 24.2 Y 24.3. | 98 |
| 1.1. Alegaciones y Defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 24.1 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. | 98 |
| 1.1.1. El plazo para efectuar la limpieza fue determinado sin oír a la DFZ, sin que CMN haya tenido ninguna intervención y el retraso a que se alude, si bien existió, fue advertido por los especialistas. | 99 |
| 1.1.2. La calidad e integridad de los reportes del experto, no constituyen acciones que estén bajo el dominio de CMN. | 100 |
| 1.2. Alegaciones y Defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 24.2 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. | 101 |
| 1.3. En relación con el hecho descrito en el numeral 24.3 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. | 101 |
| 1.4. Alegaciones y defensas presentadas respecto de los hechos infraccionales 24.1, 24.2 y 24.3 en su conjunto. | 102 |
| 1.4.1 Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos descritos en los considerandos 24.1 a 24.3 corresponde a una única exigencia relativa al potencial incumplimiento de medidas de corrección, seguridad y control. | 102 |
| 1.4.2 Constan en el proceso los siguientes antecedentes que dan cuenta de las alegaciones de esta parte: | 103 |
| 1.5. Antecedentes generados por la SMA. La Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas. | 104 |
| 2. INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE MONITOREO Y ANÁLISIS DE CALIDAD DEL AGUA, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL RESUELVO II DE LA RES. EX. 107/2013. HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 24.4, 25.5 Y 24.6 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS. | 104 |
| 2.1. Alegaciones y Defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 24.4 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. CMN sí presentó los informes de monitoreo. | 105 |
| 2.2. Alegaciones y Defensas en relación con el hecho descrito en el numeral 24.5 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. CMN presentó los informes de monitoreo. | 106 |
| 2.3. Alegaciones y defensas en relación con el hecho descrito en el numeral 24.6 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. | 107 |
| 2.4. Alegaciones y defensas presentadas respecto de los hechos infraccionales 24.4, 24.5 y 24.6 en su conjunto. | 107 |
| 2.5. Antecedentes generados por la SMA. La Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas. | 108 |
| IV. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN EXENTA SMA N°574 DE 2 DE OCTUBRE DE 2012 (LA "RESOLUCIÓN 574"). | 109 |
| 1.1 Alegaciones y defensas de CMN en relación con el hecho materia de cargos descrito en el numeral 25 de la Formulación de Cargos. | 109 |
| 1.2 Inexistencia de antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de la intencionalidad en la comisión de la infracción. | 111 |
| V. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN EXENTA SMA N°37 DE 15 DE ENERO DE 2013 (LA "RESOLUCIÓN 37"). | 111 |
| 1.1 Alegaciones y defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 26 de la Formulación de Cargos. | 111 |

| | |
|--|-----|
| VI. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN CONTENIDO EN ACTA DE INSPECCIÓN AMBIENTAL DE 29 DE ENERO DE 2013 (EL “REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN”). | 112 |
| 1.1. Alegaciones y defensas planteadas por CMN respecto de los hechos constitutivos de infracción y su calificación jurídica. | 113 |
| (i) El no haber acompañado los informes solicitados respecto de los 6 meses anteriores a la fecha del requerimiento, no constituye una negativa a cumplir con una petición respecto de hechos anteriores a la infracción, sino que una exigencia que esta parte no estuvo en condiciones de cumplir. | 113 |
| (ii) La Información Dispuesta por CMN sí permite conocer la situación de las aguas subterráneas en el período en análisis. | 115 |

E. QUINTA PARTE: CONCLUSIONES PARTICULARES EN RELACIÓN CON LA PRUEBA RENDIDA PARA LOS HECHOS INFRACCIONALES CONSIDERADOS EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS.116

A. PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCESO DE SANCIÓN.

En esta Primera Parte se realiza una breve reseña de los antecedentes generales y de la historia de tramitación del proceso, teniendo presente la circunstancia de que éste llegó a término mediante la Res. Ex. N°477 de 24 de mayo de 2013, la que fue anulada por decisión del Segundo Tribunal Ambiental (en adelante, indistintamente, el “Tribunal Ambiental”). Lo anterior condujo a la remisión del proceso a un estadio inmediatamente anterior a la emisión del Dictamen del Fiscal y, por otro, se introdujeron al proceso una gran cantidad de antecedentes producidos con posterioridad, muchos de ellos incluso sin conexión directa ni indirecta con los hechos que son materia de este proceso de sanción.

I. BREVE RESEÑA DE PROCESO QUE CONCLUYÓ CON RESOLUCIÓN 477.

El actual proceso sancionatorio, rol A-002-2013, sobre el cual se pronunció el Tribunal Ambiental en sentencia de marzo de 2014, ha tenido los siguientes hitos relevantes:

- Autodenuncia efectuada por CMN SpA) con fecha 22 de enero de 2013 (en adelante, también, la “Autodenuncia”).
- Resolución Exenta N° 105/2013 de fecha 31 de enero de 2013, que no da lugar a la autodenuncia.
- Formulación de cargos de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”), efectuada por Ord. U.I.P.S. N° 58 con fecha 27 de marzo de 2013 (en adelante “Formulación de Cargos”).
- Respuesta a la formulación de cargos presentada por CMN con fecha 29 de abril de 2013 (en adelante, también, la “Contestación”).
- Denuncias y presentaciones efectuadas por distintas entidades en abril de 2013.
- Proposición de sanciones y medidas urgentes y transitorias, efectuadas mediante Ord. U.I.P.S 213 de 20 de mayo de 2013.

- Resolución N° 477 de 24 de mayo de 2013 de la SMA, que impone sanciones de multa y ordena medidas urgentes y transitorias (en adelante, la “Resolución 477”).

II. FALLO DEL TRIBUNAL AMBIENTAL – NULIDAD DE RESOLUCIÓN 477.

Con fecha 3 de marzo de 2014, el Segundo Tribunal Ambiental, dictó sentencia en causa R-06-2013 caratulada “**Rubén Cruz Pérez y otros con Superintendencia de Medio Ambiente**”, ordenando a la SMA anular parcialmente la Resolución 477- con excepción de las medidas urgentes y transitorias establecidas en el Resuelvo Segundo- y corregir los vicios del procedimiento detectados. En adelante nos referiremos a esta sentencia también e indistintamente como el “Fallo del Tribunal Ambiental”.

En cumplimiento de lo resuelto, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante la “SMA”) procedió a dictar la Resolución Exenta N° 696 de fecha 22 de abril de 2015, (en adelante, la “Resolución 696”), ordenando la reapertura del procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-002-2013, y la incorporación al expediente de un conjunto de documentos a los que se hace referencia más adelante.

III. RESOLUCIÓN 696: REAPERTURA DEL PROCESO DE SANCIÓN: CONSIDERACIONES SOBRE LOS NUEVOS ANTECEDENTES INCORPORADOS AL PROCESO.

De conformidad a la Resolución 696, se reabrió el presente sancionatorio, retrotrayéndolo hasta la última gestión útil del procedimiento efectuada el día 14 de mayo de 2013, correspondiente al Memorándum DFZ N° 258 que contiene un informe sobre daño ambiental efectuado por la División de Fiscalización. De esta forma, se mantuvo la Formulación de Cargos y todas las actuaciones y antecedentes producidos con posterioridad, hasta el referido Memorándum DFZ N°258, actuación que precede al Dictamen y Resolución 477 anulada parcialmente.

La Resolución 696, por una parte, ordena incorporar al expediente nuevos antecedentes, entre los que destacan el Fallo del Tribunal Ambiental, denuncias, actuaciones y documentos acompañados por los diversos actores que han comparecido a este procedimiento y, por otra, ordena corregir los vicios identificados por el Segundo Tribunal Ambiental en la oportunidad correspondiente y tiene como interesados a los denunciados individualizados en el Resuelvo III y ordena refoliar el expediente.

La Resolución 696 concedió traslado a los interesados, el que fue evacuado por CMN mediante Carta PL-085/2015 presentada con fecha 14 de mayo de 2015 (en adelante, escrito de “Evacúa Traslado”). Mediante dicha actuación, mi representada pide tener presente los antecedentes y consideraciones que se hacen valer y/o se acompañan en dicho instrumento, haciendo expresa reserva de su derecho a presentar prueba durante la instrucción del procedimiento para, por un lado, acreditar las circunstancias objetivas que conforman los supuestos de hecho en este sancionatorio, así como las subjetivas y,

en particular, para complementar y observar el contenido de los antecedentes que fueran produciéndose durante la tramitación del procedimiento.

Entre los nuevos antecedentes incorporados al procedimiento, encontramos denuncias anteriores y posteriores al 2013, el informe de fiscalización "Verificación de conformidad en la aplicación de medidas urgentes y transitorias. Proyecto Pascua Lama DFZ-2013-6945-III-RCA-IA" y otras piezas que forman parte del expediente judicial causa rol R-06-2013.

Sobre dichos antecedentes, esta parte efectuó oportunamente sus alegaciones en el referido escrito de Evacúa Traslado. Ahora bien, ya que la gran mayoría de los documentos agregados se refieren a hechos ocurridos **con posterioridad a los hechos que son objeto del presente proceso de sanción** – e incluso se refieren a temas sin relación con la materia discutida-, escapan al alcance de este procedimiento, de modo que, hacemos presente que no corresponde que la autoridad administrativa los utilice para fundar nuevas infracciones o nuevas sanciones, o para agravar las que eventualmente se puedan imponer, por ser ello contrario al deber de congruencia y al derecho a defensa.

Como se ha hecho ver en su oportunidad, aun cuando fueran consideradas, las nuevas alegaciones tampoco tienen la virtud de agravar las calificaciones ni circunstancias particulares de los hechos que son materia de este procedimiento de sanción. Por lo demás, actualmente se sigue un nuevo procedimiento sancionatorio N° D-002-2015, en cuya formulación de cargos se incluyen algunas de las denuncias que forman parte de los nuevos antecedentes incorporados a esta causa, así como también el informe de fiscalización DFZ-2013-6945-III-RCA-IA.

B. SEGUNDA PARTE: ALGUNAS CONSIDERACIONES NECESARIAS EN RELACIÓN CON EL ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL: RECLAMACIONES DE ACTOS DICTADOS EN EJERCICIO DE POTESTAD SANCIONATORIA.

En esta Segunda Parte se incluye un capítulo con algunas consideraciones que es necesario tener presente en relación con el estándar de revisión judicial y las facultades discrecionales de la Administración. Como se desprende de la lectura del Fallo del Tribunal Ambiental, de fecha 3 de marzo de 2014, esa magistratura se extiende con detalle sobre cuestiones de índole legal -efectuando una serie de requerimientos a la autoridad relacionadas con el fundamento del acto administrativo que debe dictarse- así como técnico, cuyo contenido debe ser considerado por la Superintendencia del Medio Ambiente al resolver este sancionatorio.

I. LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

En relación al control judicial de la actuación de la Administración se ha distinguido, desde antaño, entre el contenido reglado y el contenido discrecional del acto o actuación de que se trate. La distinción está dada por el grado de libertad de apreciación que se entrega a la Administración. Mientras en la competencia reglada existe una

determinación previa de la decisión que el órgano administrativo debe adoptar, en el caso del poder discrecional, la Administración queda libre para elegir el camino que estime conveniente¹.

Si bien no es posible sostener pura y simplemente que contenido discrecional equivale a una total exclusión del control judicial -lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho-, se ha discutido la existencia de límites a la revisión que efectúan los tribunales, la que no podría ser afirmada con igual intensidad respecto de toda actuación administrativa². En otras palabras, esta discusión se refiere al grado de deferencia con que los tribunales deben examinar la cuestión contenciosa-administrativa que les es sometida a su conocimiento³.

En este sentido, cuando la Administración ejerce una potestad discrecional, cuenta con un espectro de decisión que ha sido otorgado por el legislador, para que adopte una opción que resulte más oportuna y conveniente a los intereses generales. En ese ámbito, será inadmisibles que el juzgador pretenda sustituir al órgano administrativo; al respecto, se ha expresado que *“La ley autoriza al juez para adoptar medidas tendientes al restablecimiento de una situación jurídica de un particular, pero no lo autoriza para administrar. De este modo, podrá fijar límites a la actuación, ordenar la salvaguardia de ciertos intereses, pero en ningún caso podrá tomar él mismo la decisión sin desfigurar la función de juzgar que constitucionalmente le ha sido asignada”*⁴.

Desde un punto de vista adicional, la discrecionalidad técnica, atiende al carácter experto en la técnica y en la decisión de política pública concreta de los organismos administrativos en su respectivo ámbito de competencia, *“ahí en donde por una cuestión de conocimiento comparativo debe adoptar un decisión técnica el organismo respectivo, entonces el juez no puede sustituir esa decisión pura y simplemente”*⁵.

Por supuesto, lo dicho no implica que el juez quede excluido del control de los elementos formulados para el control de la discrecionalidad⁶, pero no puede por esa vía asumir la función de administrar, determinando en su totalidad el contenido técnico del acto que deberá emitir el órgano administrativo⁷.

La presente discusión es de la máxima importancia para la adecuada resolución del presente proceso de sanción. En efecto, en vistas de un fallo que se extiende latamente sobre cuestiones de alta complejidad técnica, se hace indispensable discernir adecuadamente cuál es el estándar de revisión que la ley reserva al Tribunal Ambiental y

¹ PIERRY, Pedro (1984). “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, VIII.

² BERMÚDEZ, Jorge (1996). “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVII.

³ CORDERO, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters.

⁴ BERMÚDEZ (1996), p. 283.

⁵ CORDERO (2015), p. 636.

⁶ BERMÚDEZ (1996) incluye entre estos, los elementos reglados de todo acto (por ejemplo, la competencia), los hechos determinantes (supuesto de hecho), fin de la potestad y principios generales del derecho.

⁷ BERMÚDEZ, Jorge (2015). Fundamentos de Derecho Ambiental. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Segunda Edición.

cuál es el espacio de discrecionalidad que por disposición del legislador le corresponde a la SMA en la presente discusión.

II. EL ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL EN LA LEY N° 20.600 ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 30 IMPIDE AL TRIBUNAL AMBIENTAL AFECTAR LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA SMA.

El artículo de la 30 de Ley N° 20.600 limita de modo importante el contenido de la sentencia definitiva que debe dictar el Tribunal Ambiental con ocasión del conocimiento de un recurso de ilegalidad en contra de los actos de la Administración. En efecto, este artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 30.- Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.

En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados” (énfasis agregado).

Este artículo establece un claro límite para los Tribunales Ambientales desde que contiene una norma de carácter prohibitivo para determinar el contenido de los actos que se anulen con ocasión de la revisión judicial y del ejercicio de la jurisdicción. La prescripción contenida en la norma, se extiende tanto a la prohibición de determinar “el contenido específico de un precepto de alcance general”, como al **contenido discrecional** del acto administrativo. De esta forma, se reconoce por el legislador que la Administración cuenta con un margen de actuación discrecional, que sólo le compete a ella, y respecto del cual debe existir cierto grado de deferencia judicial.

Teniendo presente la limitación que le impone a los tribunales el artículo 30, es atingente revisar la evolución que tuvieron los estándares de revisión judicial durante la tramitación de la Ley N° 20.600. En efecto, el proyecto original contemplaba cuatro estándares de revisión diferentes que podía aplicar el Tribunal Ambiental. Estos estándares consistían en (i) estándar de legalidad; (ii) estándar de razonabilidad; (iii) estándar de procedimiento e información; y (iv) estándar de revisión plena. En lo que respecta a este último, el Mensaje de la Ley N° 20.600 disponía “*En el ejercicio de estas competencias el tribunal tendrá plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda*”⁸ (énfasis agregado).

La Ley N° 20.600 optó finalmente por suprimir las referencias a los estándares de revisión en su texto, plasmando un estándar acotado conforme señala la redacción del artículo 30. Lo anterior evidencia una clara voluntad del legislador de limitar el alcance de la revisión judicial que los Tribunales Ambientales pueden realizar y excluye,

⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. Mensaje Historia de la Ley N° 20.600. pp. 14-15.

concretamente, toda hipótesis de revisión plena en casos de sentencias definitivas de reclamaciones de actos administrativos⁹.

III. PRECISIONES EN CUANTO AL “CONTENIDO DISCRECIONAL” DEL ARTÍCULO 30. VALORACIONES TÉCNICAS.

Se debe precisar que la facultad de la Administración para determinar el contenido discrecional del acto anulado que señala el artículo 30 de la Ley N° 20.600 debe ser entendida como la facultad de determinar por sí misma las *valoraciones técnicas* aplicables en el ejercicio de, en este caso, su potestad punitiva. El hecho que la Administración sea la legitimada para determinar de forma exclusiva y excluyente estas valoraciones técnicas no implica una situación de inmunidad de revisión que deje en indefensión a los destinatarios de estos actos. Por el contrario, los actos dictados por la Administración en el ejercicio de una potestad sancionatoria son susceptibles de control de un órgano que ejerce jurisdicción. De hecho, la posición del Tribunal Constitucional chileno en relación a que la decisión que impone una sanción no se entiende definitiva mientras no sea revisada por un tribunal que ejerce jurisdicción, es un criterio axiomático¹⁰.

Así, la validez de las valoraciones técnicas de la Administración está dada por las *buenas razones* que justifican su configuración y aplicación¹¹. Estas buenas razones deben hacer visibles los criterios que han guiado la selección de las valoraciones técnicas concretas tenidas en cuenta.

En concreto, se exige una explicación que permita entender los pasos seguidos y los criterios, tanto en su elección como en su valoración, para llegar a un juicio determinado que se sitúa en un contexto material y temporal. En definitiva, la fuerza de estas valoraciones técnicas está dada por la razonabilidad de los motivos que las expliquen. De esta manera, la buena y razonable explicación del juicio técnico descarta la arbitrariedad del ejercicio del poder público.

IV. EN EL CASO CONCRETO DE PASCUA LAMA EL TRIBUNAL AMBIENTAL HA AFECTADO GRAVEMENTE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA SMA EN CLARA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 30.

⁹ En este sentido, en relación al artículo 30 de la Ley N° 20.600, se ha expresado que “La condición de deferencia hacia la Administración como el órgano técnico especializado para decidir sobre las materias ambientales sometidas a su conocimiento, constituye un límite infranqueable para la jurisdicción. Esto se traduce en el control negativo que se ha consignado en la normativa, no teniendo en consideración el control de tipo sustitutivo que se aprecia en otros procedimientos contenciosos administrativos a nivel de derecho comparado”. OLIVERA, Ronald (2013). “Control de la Discrecionalidad Técnica de la Administración por los Tribunales Ambientales”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia. p. 39.

¹⁰ “Si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de una multa, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable para el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada o que, habiéndolo sido, tal reclamo haya sido resuelto en sede jurisdiccional e independiente”. Considerando 6°, Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 792 (2008).

¹¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2015). “La Discrecionalidad Técnica: Un Viejo Fantasma que se Desvanece”. Revista de Administración Pública, N° 196, enero-abril.

La sentencia de 3 de marzo de 2014 del Segundo Tribunal de Santiago, de causa rol R-6-2013, examina y analiza los presupuestos de afectación de ciertos componentes ambientales. Lo anterior, no es otra cosa que un ejercicio de fundamentación de los razonamientos técnico-ambientales del fallo. En efecto, el tenor que utiliza el Tribunal Ambiental en la sentencia de la causa Rol 6-2013, cuando en base a cálculos, gráficos y comparaciones numéricas “de elaboración propia”, establece:

*“Que lo anterior será un antecedente, tal como lo solicitan los reclamantes, que el Superintendente **deberá considerar al momento de proceder a la calificación y determinación de las sanciones a imponer en la nueva resolución que deberá dictar**”* (Considerando Nonagésimo);

Y en el mismo sentido que:

*“La información sobre caudales contenidas en documentos internos de la Compañía, conocidos como Flash Reports (fs. 1209 y ss., solicitados por este Tribunal como medida para mejor resolver) dan cuenta de caudales bastante mayores a los informados oficialmente por el titular, en al menos dos oportunidades, antecedentes que **deberán ser debidamente considerados y ponderados por la SMA al momento de dictar la nueva resolución sancionatoria que remplace la impugnada**”.* (Considerando Nonagésimo sexto);

Finalmente señala que:

*“(…) En la nueva resolución que deberá dictar –como consecuencia de la nulidad de dicha resolución que se decretará- **deberá considerar todo (sic) los antecedentes y conclusiones a los cuales ha arribado este Tribunal, a efecto de calificar las infracciones y proceder a la determinación de las sanciones específicas**”.* (Considerando Centésimo sexto).

La posición adoptada por el Tribunal, lejos de realizar un control jurisdiccional de proporcionalidad, información o legalidad (estándares aceptados y recogidos en la Ley N° 20.600), al implementar un estándar de revisión plena, que impone una condición a futuro a la Administración en la determinación de las valoraciones técnicas del acto anulado. Esta circunstancia soslaya gravemente el contenido esencial del artículo 30 de la Ley N° 20.600.

V. EN EL ÁMBITO DISCRECIONAL QUE LE CORRESPONDE, LA SMA ES LA LLAMADA A DEFINIR LAS VALORACIONES TÉCNICAS SOBRE LAS CUALES HABRÁ DE DICTARSE EL NUEVO ACTO ADMINISTRATIVO.

Es la administración la que se encuentra en la mejor posición debido a la disposición y manejo de la información de un proyecto y su seguimiento ambiental para determinar y exteriorizar las valoraciones técnicas en las que se basa para emitir una decisión administrativa.

En consecuencia, si bien es válido que el Tribunal Ambiental de Santiago en la sentencia de la causa rol R-6-2013 indique valoraciones técnicas de la *sentencia judicial*, por cierto en cumplimiento al mandato de fundamentación que le es aplicable, no es menos cierto que la SMA, al dictar el nuevo acto, es el único órgano facultado para determinar las

valoraciones técnicas *de dicho acto administrativo*, conforme ha sido habilitada expresamente por el legislador. Máxime cuando, como consecuencia de la nulidad de la resolución de sanción y posterior reapertura del procedimiento, se han generado antecedentes que permiten un mejor conocimiento y resolución de los hechos investigados; antecedentes que obviamente no fueron considerados por el Tribunal Ambiental, pero deben sí ser considerados por la SMA.

A este respecto, es evidente que la SMA deberá decidir incorporando toda la información y argumentaciones que se han producido durante el procedimiento sancionatorio. Si el tribunal ordena fundamentar adecuadamente –mandato, en virtud de cuyo cumplimiento se reabrió el proceso, se dio traslado a las partes y se rindió prueba - no resulta razonable que dichos antecedentes probatorios sólo se consideren en la medida que sirvan para respaldar o acoger las prevenciones señaladas en la parte considerativa del fallo del Tribunal Ambiental.

Así la SMA debe analizar todos y cada uno de los antecedentes aportados y con dicha información deberá tomar las decisiones que mejor establezcan las valoraciones técnicas que le corresponden.

Por lo tanto, la SMA actuando dentro de su competencia podrá definir de manera autónoma los elementos técnicos –valoraciones técnicas- en base a los cuales tomará su decisión, debidamente motivada, de manera que tenga armonía con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 20.600. Como se ha indicado, *“la Administración podrá, dentro de los límites impuestos por la decisión judicial, elegir otra de las opciones del espectro de posibilidades que le ofrecía la potestad discrecional”*¹². En ningún caso se puede exigir a la SMA que ciña su elección a una opción previamente escogida por el juez, particularmente si con ello se pone en duda el espacio de discrecionalidad que la ley le reserva.

De este modo, la SMA cumple debidamente con lo ordenado y resuelto por el Tribunal Ambiental en la medida que ha acatado fielmente lo mandatado en la parte resolutive de la Sentencia del 3 de marzo de 2014, esto es, ha reabierto el procedimiento de sanción, ha dispuesto la corrección de los vicios de procedimiento y la realización de diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades establecidas en la sentencia, para luego proceder a ponderar los antecedentes de que dispone –incluidos aquellos establecidos en la citada sentencia- y resolver dentro del amplio espectro que la ley le reserva para apreciar las cuestiones técnicas envueltas en el presente asunto.

En este sentido consideramos que el ejercicio del control de legalidad que el Tribunal Ambiental puede y debe hacer de los actos de esta SMA en ningún caso puede afectar la discrecionalidad administrativa que la ley especialmente le confiere a esta última.

¹² BERMUDEZ (1996), p. 283.

C. TERCERA PARTE: OBSERVACIONES QUE DEBEN SER CONSIDERADAS PREVIO AL ANÁLISIS DE LA PRUEBA RENDIDA.

Antes de proceder al análisis de la prueba que ha sido rendida en el presente procedimiento sancionatorio estimamos indispensable someter a consideración de esta Superintendencia ciertas cuestiones preliminares que resultan fundamentales para la emisión de una decisión sancionatoria legal y acorde con el sistema establecido en la LOSMA.

En efecto, como demostramos a continuación **(i)** la aplicación del principio *non bis in idem* exige la agrupación de los cargos que han sido formulados; **(ii)** la intencionalidad a que se refiere el sistema de sanciones establecido en la LOSMA tanto para agravar las infracciones como para determinar las sanciones aplicables, requiere la prueba de una intención o dolo directo; **(iii)** la prueba rendida permite concluir que no ha existido riesgo a la salud de la población como consecuencia de las infracciones contenidas en la formulación de cargos; y **(iv)** la discrecionalidad de la SMA en la aplicación de sanciones no es absoluta. El principio de proporcionalidad opera como límite a la discrecionalidad de la administración

I. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EXIGE LA AGRUPACIÓN DE LOS CARGOS FORMULADOS.

Como esta parte ha hecho constar, en su escrito Evacúa Traslado de 14 de mayo de 2015, el sistema sancionatorio establecido en la LOSMA consagra explícitamente el principio *non bis in idem*, de suerte de impedir la “doble sanción” a un determinado infractor, cuando ella se relaciona con unos mismos hechos.

La formulación particular del artículo 60 inciso 2° de la LOSMA sobre el citado principio, dispone que “*En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas*”. La norma reseñada pone de relieve la identidad que debe existir entre sujeto, hechos que motivan el reproche y fundamentos jurídicos de manera que descubierta esa identidad, no se aplique al administrado más sanción que aquella que le corresponde, evitando transgredir el principio de proporcionalidad del que deriva el *non bis in idem*.

Este principio, *non bis in idem*, reconocido por la jurisprudencia y la doctrina nacional como uno de los pilares del Derecho administrativo sancionador”, adquiere particular relevancia en el presente caso en que corresponde a la Superintendencia resolver sobre el modo adecuado de sancionar las infracciones imputadas a mi representada que, en su mayoría, se configuran sobre hechos estrictamente relacionados.

Como se ha hecho presente en su oportunidad, la sentencia del Tribunal Ambiental recaída en estos autos administrativos, carece de cualquier referencia al citado principio, motivo por el cual el rechazo del citado tribunal a utilizar como solución el “concurso infraccional”, no debe entenderse en contradicción –no podría estarlo- con la aplicación del inciso segundo del artículo 60 de la LOSMA.

Es un dato que salta a la vista el que los hechos que fundamentan los cargos formulados en contra de mi representada, han sido desagregados por componentes de acuerdo a criterios más o menos arbitrarios, en circunstancias que existe entre ellos una evidente unidad de acción y unos mismos bienes protegidos (ej: sistema de manejo de aguas de no contacto, medidas para impedir continuidad del riesgo, etc.).

En relación con esta alegación, mediante Carta PL-060/2016 de fecha 17 de mayo de 2016, se acompañó Informe en Derecho **“El principio “non bis in ídem” en el ámbito de las sanciones administrativas: contenido, alcances, efectos y aplicación en la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente”**, elaborado por el Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez. Destacamos, sobre el documento, las siguientes conclusiones:

“5. (...) la Superintendencia del Medio Ambiente, en el ejercicio de su potestad sancionadora, no podrá contravenir la prohibición del bis in ídem a que se ha hecho referencia, lo que se expresa en una limitación a la doble punición, ya sea por procedimientos consecutivos o por un solo procedimiento, pero considerando una misma infracción como base para aplicar más de una sanción, cuando aquella se expresa en varias contravenciones vinculadas entre sí.”

“7. Esta clasificación e identificación de las infracciones administrativas en unidades conceptuales, en relación al objeto o bien jurídico, permite aplicar adecuadamente la potestad sancionadora de la Administración del Estado, sin llegar a los extremos de sancionar aisladamente cada una de las contravenciones, no obstante su estrecha vinculación y unidad, como tampoco al establecimiento de una sola sanción por todas las infracciones que pudiera haber cometido la Compañía, opciones ambas que no se avienen con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, así como con las reglas lógicas que deben guiar su aplicación”

Resulta ilustrativo citar el reciente fallo del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia (Rol R-15-2015, Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente¹³), por el que se ordena a la SMA enmendar la resolución reclamada sancionando, en cambio, dos infracciones como una sola infracción, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 60 inciso 2° de la LOSMA. Señala el Tercer Tribunal que:

“si bien en principio se estaría ante el incumplimiento de dos medidas diversas, como lo sostiene la Superintendencia, no puede sino concluirse en ese caso que ambas son especie de una misma medida general, de modo que el cumplimiento de la medida general implica necesariamente el cumplimiento de todas ellas y, en consecuencia, basta el incumplimiento de una o más de ellas para que se esté frente al incumplimiento de la medida general, siendo indiferente para ese efecto que se agregue uno o más incumplimientos. Ello demuestra que se está ante un solo hecho, por lo que dos o más incumplimientos relacionados con la medida general deben ser reconsiderados como un solo hecho único, el que se concreta en la infracción al tipo previsto en el art. 35 a) de la LOSMA.”

Nuestra parte viene en reiterar la agrupación de cargos propuesta en el escrito Evacúa Traslado citado más arriba, por estimar que es la más adecuada considerando una serie de factores, no obstante lo cual es posible que esa Superintendencia arribe a una conclusión distinta que, igualmente, de cuenta del cumplimiento de la norma contenida

¹³ “Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente”, Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, fallo dictado con fecha 5 de febrero de 2016, en expediente de reclamación Rol R-15-2015.

en el artículo 60 inciso 2° de la LOSMA. En lo demás, damos por reproducidos los argumentos sobre el punto desarrollados durante la secuela del procedimiento administrativo en curso.

La observación a la prueba de los cargos se estructura teniendo como base la agrupación efectuada por esta parte, en virtud de los argumentos desarrollados en este acápite y, en cada caso, explicita los fundamentos de la citada agrupación.

II. LA INTENCIONALIDAD A QUE SE REFIERE EL SISTEMA DE SANCIONES ESTABLECIDO EN LA LOSMA, TANTO PARA AGRAVAR LAS INFRACCIONES COMO PARA DETERMINAR LAS SANCIONES APLICABLES, REQUIERE LA PRUEBA DE UNA INTENCIÓN O DOLO DIRECTO.

Como es sabido, el sistema de sanciones que establece la LOSMA hace referencia a la intencionalidad del infractor, en primer lugar en relación con algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 36 -fundamentalmente en las letras d) y e)-, cuyo objeto es determinar la gravedad de la infracción previamente establecida en los términos del artículo 35. Dicha intencionalidad tiene, en segundo lugar, relevancia para los efectos de determinar la sanción específica aplicable al infractor en los términos que establece el artículo 40 de la misma ley, en su letra d).

Como veremos a continuación, existen dos cuestiones fundamentales que deben ser consideradas en el presente procedimiento sancionatorio en relación con esta intencionalidad. Primero que (i) el Ilustre Tribunal Ambiental ha pretendido erradamente establecer, para los efectos de agravar algunas de las infracciones establecidas en el artículo 35 de la LOSMA, una intencionalidad que no puede ser determinada sobre la base exclusiva de un comportamiento negligente sino que -de acuerdo con los términos expresos del artículo 36- requiere de la prueba del dolo; y (ii) que la intencionalidad establecida en el artículo 40 letra d) también requiere la prueba de una intención específica o determinada, esto es, de hechos que den cuenta de la existencia de dolo directo.

- (i) El Ilustre Tribunal Ambiental ha requerido, en nuestra opinión, erradamente establecer, para los efectos de agravar algunas de las infracciones establecidas en el artículo 35 de la LOSMA, una intencionalidad que no puede ser determinada sobre la base exclusiva de un comportamiento negligente sino que -de acuerdo con los términos expresos del artículo 36- requiere de la prueba del dolo.**

El Tribunal Ambiental ha pretendido dar por establecida la concurrencia de ciertas circunstancias agravantes de responsabilidad que requieren de la prueba de dolo directo sobre la base exclusiva de un comportamiento negligente.

Lo anterior consta especialmente en los considerandos Centésimo sexagésimo quinto, sexto y séptimo de su fallo, en los cuales el citado tribunal no solo confunde ambos conceptos legales, sino que además ordena al Superintendente tener lo anterior en

consideración al establecer la sanción respectiva. Lo anterior ocurre, al menos respecto de la infracción establecida en las letras e), j) y l) del artículo 35 de la LOSMA.

Centésimo sexagésimo quinto: *Que a la luz de lo señalado en el considerando anterior, este Tribunal, a diferencia de la SMA, encuentra que hay prueba suficiente para concluir que con su actuación la Compañía, al menos, ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, pues los incumplimientos se deben exclusivamente a su negligencia, y se allanó a los cargos en este aspecto, sin formular excusa alguna ni argumentar la concurrencia de ningún eximente de responsabilidad.*

Centésimo sexagésimo sexto: *Que el evitar el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia no se agota en la imposibilidad material de realizarlas, sino que debe entenderse incorporado los casos en que la conducta no permite ejercer correctamente dicha función, como sería el caso de entregar información parcializada (debiendo entregarla completa), no certificada o, derechamente, no entregarla porque no fue reunida debiendo hacerlo.*

Centésimo sexagésimo séptimo: *Que, por lo anterior, se acoge lo solicitado por el reclamante y se ordena al Superintendente que, al momento de dictar la nueva resolución, considere los hechos descritos anteriormente para la calificación de estas infracciones conforme al artículo 36 de la LOSMA, y luego determine fundadamente las sanciones correspondientes para cada una de ellas.*

Tal como expresamos en su oportunidad en nuestro escrito de Evacúa Traslado, el razonamiento del Tribunal Ambiental resulta doblemente errado desde un punto de vista jurídico por cuanto (a) el tenor de la ley es extraordinariamente claro en cuanto a que tal circunstancia requiere la prueba de una intención o de un propósito cierto y determinado; y (b) porque sostener que para configurar la circunstancia del artículo 36 numeral 1 letra e) de la LOSMA basta la comprobación de un comportamiento negligente, llevaría al absurdo de agravar todo hecho infraccional. Dicho lo anterior, debe considerarse (c) que no se ha rendido ninguna prueba en el procedimiento sancionatorio que permita establecer que CMN haya cometido las infracciones que se le imputan con un propósito directo o intención positiva de impedir la fiscalización de la SMA. En los párrafos siguientes desarrollamos, brevemente, estas ideas.

- a) *El artículo 36 numeral 1 letra e) de la LOSMA requiere la prueba de hechos que hayan impedido de manera DELIBERADA la fiscalización, esto es, de manera intencional, con el propósito cierto y específico de impedir la fiscalización, esto es, requiere la prueba del dolo.*

La expresión “deliberada” que utilizada la norma en cuestión no puede ser entendida en otro sentido que aquella que hace referencia a la intención positiva de querer un resultado determinado. Indudablemente la expresión “deliberada” es sinónima de “intencional” y, en todo caso, la misma manifiesta la idea de un propósito o fin determinado.

Así por lo demás lo ha entendido esta SMA, según consta en informe de fecha 5 de mayo de 2015 elaborado en el marco de las reclamaciones acumuladas R-64 y 65, ambas del año 2015 en el que, específicamente, se declara que la aplicación de esta circunstancia de gravedad requiere de antecedentes que permitan acreditar que estas

infracciones “se hubieran cometido con el propósito de evitar el ejercicio de las atribuciones de esta Superintendencia”

- b) *Sostener que para configurar la circunstancia del artículo 36 numeral 1 letra e) de la LOSMA basta la comprobación de un comportamiento negligente, llevaría al absurdo de agravar cualquier y todo hecho infraccional.*

Para la imposición de sanciones, la LOSMA establece un sistema de doble subsunción. En primer lugar, debe determinar la existencia o comisión de alguna de las infracciones que se encuentran tipificadas en el artículo 35 de la LOSMA. Luego debe, sin embargo, integrar dicha determinación con los supuestos que están contenidos en el artículo 36. Observamos que para tal efecto se ha sostenido que “esta labor resultará capital, ya que al fijar uno de dichos conceptos la actuación administrativa, al momento de determinar la infracción ambiental, podrá ser controlada por la vía de la errónea apreciación de los hechos”¹⁴.

Dado lo anterior, resulta evidente que la disposición legal en cuestión, requiere de la prueba del dolo o intencionalidad en su comisión, por cuanto sostener –como lo hace el Ilustre Tribunal Ambiental- que la sola comisión negligente de la infracción la agrava, contradice e ignora el doble sistema de subsunción que la propia ley establece; generando, como consecuencia, un absurdo, este es, agravar cualquier infracción por el solo hecho de su comisión.

Lo anterior, es acorde con lo sostenido por esta SMA en cuanto a que “tampoco basta que, en los hechos, se produzca un efecto entorpecedor, pues lo que la circunstancia considera es que ese efecto se acompaña de la intención directa de producirlo”¹⁵ Lo anterior, más aún, cuando la propia SMA ha reconocido que la entidad de una infracción gravísima obliga a “interpretarla de manera estricta impidiendo tenerlas por acreditada por sobre la base de presunciones temerarias o poco fundadas”¹⁶.

- c) *No se ha rendido prueba en el procedimiento sancionatorio que permita establecer que CMN haya cometido las infracciones que se le imputan con un propósito directo o intención positiva de impedir la fiscalización de la SMA.*

Como puede apreciarse del análisis de la prueba que se ha rendido en el procedimiento sancionatorio no existe evidencia alguna que permita establecer que CMN haya cometido las infracciones que se le imputan con un propósito directo o intención positiva de impedir la fiscalización de la SMA. Lo anterior, será observado a lo largo del presente escrito conjuntamente con el análisis particular de cada infracción.

¹⁴ Bermúdez Soto, J. Fundamentos de Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2015. p.481.

¹⁵ Informe SMA en Reclamaciones acumuladas R-64 y 65, ambas del año 2015.

¹⁶ Ídem.

- (ii) La intencionalidad establecida en el artículo 40 letra d) también requiere la prueba de una intención específica o determinada, esto es, hechos que den cuenta de la existencia de dolo directo.

Como esta Superintendencia conoce, el artículo 40 letra d) de la LOSMA establece a la “intencionalidad en la comisión de la infracción” como una circunstancia que debe ser ponderada de acuerdo con las reglas de determinación de la sanción administrativa.

Sobre el punto no cabe duda alguna que la intencionalidad establecida en la referida disposición legal requiere de la prueba del dolo directo. Así, se ha dicho que “*en aquellos supuestos de infracciones en que concurra el elemento de intencionalidad, equiparable al dolo, la graduación de la sanción deberá ser efectuada de un modo más severo, agravando la sanción. Por el contrario, respecto de aquellos casos en que la voluntariedad de la infracción pueda ser atribuida a título meramente culposo o negligente, la sanción no podrá ser agravada*”¹⁷.

Tratándose de una cuestión extraordinariamente clara, sobran comentarios. Sin perjuicio de ello y a lo largo del presente escrito analizaremos la aplicación de la presente circunstancias respecto de los cargos en que ello resulte procedente.

III. LA PRUEBA RENDIDA PERMITE CONCLUIR QUE NO HA EXISTIDO RIESGO A LA SALUD DE LA POBLACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LAS INFRACCIONES CONTENIDAS EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS.

En el Resuelvo II N°3, la Resolución 1191 fijó como hecho sustancial, pertinente y controvertido la “*Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población, de conformidad al artículo 40 literal b) de la LOSMA, como consecuencia de las infracciones contenidas en el Ordinario U.I.P.S. N°58, relacionadas con el Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y No Contacto*”.

En el Resuelvo III N°4 de la misma Resolución, se solicitó a la División de Fiscalización de la SMA que realizara una evaluación de riesgo a la salud de la población, para determinar la aplicación del literal b) del artículo 40 de la LOSMA. A su vez, este encargo se realiza en atención a lo establecido en el Considerando 70° del fallo del Tribunal Ambiental, que señala:

“Que estos sentenciadores consideran que la SMA debió pronunciarse sobre la calidad de las aguas como consecuencia de los incumplimientos a condiciones establecidas en la RCA relacionadas con ese componente ambiental. (...) por cuanto para la calificación de las infracciones como para la determinación específica de las sanciones –conforme a los criterios del artículo 40 de la LOSMA- la alteración o no de la calidad de las aguas es fundamental para precisar su gravedad y fundar adecuadamente la sanción específica elegida. Por ejemplo, al sancionar la SMA a la Compañía por no activar los planes de alerta temprana en el mes de enero de 2013, necesariamente debió señalar los efectos de dicha omisión –esto es, si hubo o no daño ambiental– y descartar o confirmar si se afectó gravemente o se generó un riesgo significativo para la salud de la población, todo

¹⁷ Bermúdez Soto, J. Ob. cit. p. 485.

ello con la finalidad de calificar la infracción como grave o gravísima, conforme al artículo 36 de la LOSMA. Luego, para determinar la sanción específica debió, a lo menos, considerar si se ocasionó o no un peligro de acuerdo a la letra a) del artículo 40 de dicha Ley.”

En atención a dichos objetivos, consta en autos la siguiente prueba rendida:

- a) Minuta Técnica emanada de la División de Fiscalización de la SMA (DFZ), remitida a la SMA mediante Memo N°125 de 30 de marzo de 2016, que contiene la “Evaluación de Riesgos a la salud de la población en el marco del procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013”, en adelante también “Minuta Técnica DFZ”;
- b) Documento denominado “Comentarios a Minuta Técnica de Evaluación de Riesgos en el Marco del Proceso Sancionatorio A-002-2013 – Análisis sobre los riesgos a la salud por ingesta del agua del Río del Estrecho – Proyecto Pascua Lama”, de fecha abril de 2016, elaborado por los expertos en salud pública Dra. Soledad Ubilla y Dr. Claudio Vargas.
- c) Documentos acompañados al expediente con información oficial acerca de la población que habita el sector de Chollay y sus fuentes de abastecimiento de agua para beber.

Tal como hemos señalado en nuestro escrito de fecha 15 de abril de 2016 (Carta PL 48/2016) de los antecedentes se desprende lo siguiente:

- (i) La Minuta Técnica DFZ, realiza una correcta aproximación al problema, con un diseño adecuado y una adecuada caracterización del área de estudio.
- (ii) La Minuta Técnica DFZ, sin embargo, incurre en los siguientes errores metodológicos que inciden en sus conclusiones al momento de evaluar la existencia de riesgo respecto de ciertos parámetros:
 - Emplea definiciones de los conceptos de exposición crónica, subcrónica y aguda que no coinciden con las recomendaciones y estándares internacionales que deben aplicarse en este tipo de análisis.
 - Por ejemplo: si internacionalmente se entiende por exposición crónica a una exposición sostenida por un año o más y si la definición empleada para caracterizar un efecto crónico es la exposición al riesgo por un período de tiempo entre el 10% y el 100% del tiempo total de vida del individuo, entonces debe descartarse el análisis respecto de lactantes y niños menores de 1 año.
 - Si, por lo anterior, la evaluación solo puede realizarse respecto de niños mayores de 10 años, entonces el análisis contemplado en la Minuta Técnica se debe invalidar en cuanto se ha efectuado considerando, para

niños, un peso promedio de 14 kilos, el que es un peso promedio para niños de 3 años. De este modo, se debe descartar toda la evaluación hecha respecto de niños y considerar solamente aquella efectuada para adultos.

- Respecto de la estimación de riesgo efectuada para el parámetro Arsénico (As) en sus efectos cancerígenos, se incurre en un error evidente al estimar que el efecto se produce por exposición crónica a las concentraciones observadas en el agua durante el año 2012, sostenidas durante los siguientes 70 años. Tal supuesto se desploma con la sola observación de la realidad y los antecedentes que constan el expediente, por cuanto las concentraciones observadas en NE-8 para este parámetro ya no se observan. De este modo, el análisis de riesgo de cáncer por exposición a As se realiza sobre un supuesto evidentemente equivocado que incide en resultados sobreestimados.
 - La Minuta Técnica DFZ también incurre en errores al evaluar riesgo para los parámetros Aluminio, Hierro y Manganeseo para el período de “infracción/no activación del Plan de Alerta”, por cuanto igualmente asume una exposición a la misma dosis, sostenida y proyectada por los próximos 30 años, lo cual no es real y por lo tanto también informa resultados sobreestimados.
 - La Minuta Técnica DFZ calcula y emplea equivocadamente el Índice de Peligro Total (IPT), toda vez que, teniendo presentes los efectos de las sustancias consideradas así como los órganos que serían potencialmente afectados y los mecanismos de acción de cada una de dichas sustancias, y siguiendo las orientaciones de la Guía Metodológica del SEA así como las recomendaciones de los organismos internacionales (OMS, EPA, ATSDR), no se pueden sumar los efectos como equivocadamente hace la DFZ en su análisis.
 - No se toman en consideración las características particulares de las sustancias analizadas (Aluminio, Manganeseo y Hierro, así como también Turbidez), en cuanto a la manera en que –en concentraciones muy menores a las necesarias para producir algún efecto en la salud-, éstas alteran el gusto y aceptabilidad del agua, de modo que el propio cuerpo rechaza su ingesta, evitando cualquier riesgo.
- (iii) La caracterización de la exposición se realiza sobre un escenario hipotético de exposición, según el cual el riesgo se podría generar solo si las personas consumen agua para bebida directamente desde el río a la altura del punto NE-8, a razón de 2 litros diarios por un determinado y extenso período de tiempo, en la concentraciones observadas.

Teniendo presente la información acompañada en el proceso, así como en la propia Minuta Técnica DFZ, queda claramente establecido que el escenario

hipotético no tiene ninguna relación con la realidad. Ello, por cuanto se efectúa tomando en consideración información desactualizada. Así, ha quedado demostrado que, del total de personas que habitan la localidad de Chollay en los alrededores del punto NE-8, éstas se abastecen de agua para beber desde los sistema de Agua Potable Rural (cuya fuente es agua de pozo, no superficial) y aquellas que no acceden a dichos sistemas (un total de 7 familias según información oficial proporcionada por la I. Municipalidad de Alto del Carmen), son abastecidas mediante camiones aljibes proporcionados por el municipio.

En cuanto a las comunidades de crianceros que efectúan ganadería trashumante, éstos solo realizan la actividad durante algunos meses al año (durante los cuales se van moviendo dentro del valle, por lo que no permanecen en un mismo punto durante toda la veranada). Por lo anterior, aun cuando no se ha aportado evidencia alguna acerca de cuál es la fuente de agua de la que se abastecen para beber durante ese período y su ubicación, tampoco se daría el presupuesto de exposición constante, diaria y durante el período de tiempo necesario para encontrarse en las hipótesis de exposición a riesgo crónico, subcrónico o incluso agudo para su salud, derivado de la ingesta de agua.

- (iv) Tanto la Minuta Técnica DFZ como el Informe preparado por los expertos de esta parte, así como la información que consta de este expediente, se encuentran contestes en cuanto a concluir que la calidad del río del Estrecho presenta concentraciones para los parámetros analizados, en valores que naturalmente exceden la norma, situación que se observa desde antes del inicio de la ejecución del Proyecto Pascua Lama.
- (v) La Minuta Técnica DFZ señala que, aun cuando la metodología empleada resultara útil para cuantificar los riesgos para la salud de la población (cuantificación que adolece de errores que la invalidan), dicha metodología no permite –ya que no está diseñada para ello –arribar a conclusiones asociadas a determinar la causalidad en la generación de riesgos asociados a la ingesta de agua desde el punto NE-8 en las condiciones señaladas. Señala la Minuta que la metodología ***“no tiene herramientas específicas orientadas a identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo obtenidos en un sitio y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por tanto impide confirmar o descartar que el Proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel riesgo pre-existente en el territorio.”***
- (vi) Adicionalmente, debemos tener presente que el análisis de riesgo fue realizado respecto del hecho infraccional descrito en el N°23.9 de la Formulación de Cargos, esto es, la no activación de los planes de alerta durante el mes de enero de 2013, y no respecto del resto de las infracciones contenidas en dicho Ord. U.I.P.S. N°58 referidas al sistema de manejo de aguas de contacto y de no contacto (salvo, por supuesto, la incluida en el

Nº23.8 ya que, como hemos visto, el cálculo de los niveles de alerta es la causa directa de la activación de los planes de respuesta).

El análisis no incluye una evaluación respecto del eventual riesgo derivado del incumplimiento de las demás obligaciones relacionadas con el sistema de manejo de aguas de contacto y de no contacto. En el evento de que la SMA intentara extender la evaluación al resto de las infracciones contenidas en el numeral 23 de la Formulación de Cargos, debería entonces asignar a cada una de ellas su “cuota de contribución al riesgo”, no existiendo antecedentes que permitan realizar tal análisis (y teniendo presente, por lo demás, que respecto del sistema de aguas de no contacto existen antecedentes que acreditan que el agua fue contenida en las piscinas durante los eventos de enero de 2013, por lo que no alcanzaron el punto NE-8 y a que el análisis se restringe exclusivamente al agua superficial, sin perjuicio de que la evidencia del expediente permite concluir que no se ha generado afectación alguna a las aguas subterráneas aguas abajo de la zona del sistema cortafugas).

Por todo lo expuesto, se concluye que:

- No es efectivo que se haya generado riesgo para la salud de la población.
- De desestimarse las alegaciones acerca de los errores metodológicos en que incurre la Minuta Técnica DFZ, debemos entonces concluir que no se ha generado riesgo para la salud de la población que pueda atribuirse a las infracciones investigadas en el presente proceso de sanción.

En definitiva,

- 1) Conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la LOSMA y de conformidad con la información acreditada en el expediente, no existe mérito para calificar ninguna de las infracciones incluidas en la Formulación de Cargos – en especial aquella consistente en la falta de activación de los planes de respuesta del sistema de alerta de aguas superficiales (23.8 y 23.9)- como infracción gravísima (artículo 36 N°1 letra b) o grave (artículo 36 N°2 letra b) en razón de sus efectos en la salud de la población. En síntesis, no existe mérito para aumentar o recalificar la gravedad de las infracciones toda vez que de los antecedentes del proceso se encuentra acreditado que de ellas no se ha producido la afectación grave de la salud de la población o bien hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población.
- 2) Como consecuencia lógica de lo anterior (y teniendo en consideración los datos reales y oficiales acerca de las fuentes de consumo de agua remitidos por la autoridad municipal), en atención a lo dispuesto en el artículo 40 letra b) de la LOSMA, podemos concluir que no hubo personas cuya salud pudo afectarse por la eventual infracción.

IV. LA DISCRECIONALIDAD DE LA SMA EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES NO ES ABSOLUTA. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD OPERA COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

Esta parte hace presente que, tal como señalan las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA, la actividad sancionatoria de dicha Superintendencia se rige por el principio de proporcionalidad¹⁸.

Así, la sanción impuesta debe reflejar tanto la aplicación de dicho principio como también la eficacia en cuanto a la protección del bien jurídico, en este caso, el medio ambiente. Estos criterios encausan y definen los contornos de la potestad sancionatoria, en aquella parte en que la ley reconoce a la SMA la posibilidad de definir la respuesta precisa frente al incumplimiento. Al respecto, se ha expresado que:

“En definitiva, la potestad sancionadora ambiental fue delineada como un poder fuerte que efectivamente cumpla un rol de prevención general, pero dotado de límites administrativos, que al menos en el papel parecen ser manifestaciones de una garantía y equilibrio para el particular. Sin embargo, sólo el ejercicio práctico de dicho poder nos dará una idea de la forma en que, para el caso concreto, el administrador entiende tales límites”¹⁹.

Lo expresado cobra más relevancia en la medida que la reforma a la institucionalidad ambiental realizada por medio de la Ley N° 20.417 supone, en términos generales, pasar de un modelo sancionatorio ineficiente y centrado en la aplicación de sanciones, a uno de cumplimiento ambiental, capaz de generar incentivos a los sujetos regulados, y que pone énfasis en la protección del medio ambiente, a través de la corrección de las infracciones y sus efectos.

Más específicamente, la doctrina nacional ha señalado que el principio de proporcionalidad

“[...] consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción”²⁰. Así, la aplicación de dicho principio se traduce en: “un proceso integrador y valorativo de los tres elementos contenidos en la norma jurídica habilitante: el presupuesto de hecho; los medios y el fin”²¹.

Lo anterior se vuelve sumamente relevante para efectos del presente procedimiento de sanción. Ello, puesto que, como se dará cuenta en este escrito, los presupuestos de hecho del presente procedimiento se han modificado sustancialmente en virtud de la actividad probatoria llevada a cabo tanto por la SMA como por esta parte. Más aún, desde su inicio hasta la fecha, los medios empleados por la SMA para ejercer sus facultades sancionatorias también se han visto alterados—ejemplo de ello es la

¹⁸ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2015), adoptadas por medio de la Resolución Exenta N° 1002 de 20 de octubre de 2015, p. 12.

¹⁹ Jorge Bermúdez Soto, Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2013), número 40, p. 445.

²⁰ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Segunda Edición Actualizada (2011), p. 290.

²¹ Ídem.

adopción de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales. Estos últimos cambios quedan reflejados en los precedentes de esta Superintendencia en ejercicio de sus potestades sancionatorias derivadas de la Ley N° 20.417. En efecto, a la hora de definir eventuales sanciones, la SMA no puede soslayar, por una parte, los criterios metodológicos que ella misma se ha establecido, ni tampoco puede resolver un procedimiento sancionatorio, sin considerar los criterios que está utilizando de modo habitual en otros procesos, salvo que tenga antecedentes relevantes que le permitan justificar una diferenciación y así lo pueda explicar.

Así, como se demostrará en esta presentación, la prueba rendida en el presente procedimiento, modifica de manera sustancial las constataciones fácticas que lo motivaron. Lo anterior, repercute directamente en la forma en que la Superintendencia ha de ponderar las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la Ley 20.417. En efecto, a juicio de esta parte, la nueva evidencia disponible en el procedimiento no permite aumentar la gravedad de las infracciones contenidas en los cargos, en función de sus efectos, y es más, en algunos casos, en nuestra opinión, permite derechamente disminuir o atenuar la gravedad de su calificación.

Por otra parte, como se dará cuenta en lo sucesivo, la aplicación de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, unidos a los precedentes sentados por esta Superintendencia en materia sancionatoria, permiten concluir que, en el presente procedimiento, no parece posible agravar la sanción originalmente cursada a mí representada. Más aún, corresponde incluso atenuarla, utilizando los criterios respecto a la imposibilidad de utilizar criterios concursales como señala el Tribunal Ambiental, en la sentencia que ordenó reabrir este procedimiento sancionatorio.

En suma, estas alteraciones de los presupuestos fácticos y de los medios para el ejercicio de la potestad sancionatoria deben ser tenidas en cuenta por la SMA, tal como lo exige el principio de proporcionalidad, para efectos de determinar la sanción correcta aplicable a CMN. En otras palabras, la aplicación de una sanción en este procedimiento no puede ser el resultado de un mero ejercicio de discrecionalidad administrativa, sino el resultado de un juicio de ponderación que tenga en cuenta los nuevos antecedentes y estándares aplicables al caso.

- 1. Imputación de gastos efectivamente desembolsados al beneficio económico: los valores que surjan producto del cálculo del beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción deben necesariamente ser contrastados con los montos efectivamente desembolsados por el presunto infractor.**

En relación a lo anteriormente expuesto, y conforme a la finalidad preventiva de las sanciones que aplica la SMA, en su determinación, corresponde atender a los gastos en que efectivamente ha incurrido un sujeto imputado durante la ejecución de su proyecto, con el objetivo de abordar los impactos asociados al mismo, aun cuando se pudiera concluir que ello no constituye un cumplimiento estricto de las exigencias aplicables.

Las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones de la SMA señalan que ***“el poder disuasivo de las sanciones depende, entre otros factores, del impacto económico que estas conlleven para el infractor (...)”***. Debido a ello, no pueden obviarse gastos desembolsados por el sujeto infractor para dar cumplimiento a sus obligaciones, aunque no sea en los términos exactos que le eran exigidas, para determinar este impacto económico que incidirá directamente en la sanción que se impondrá.

Este entendimiento tiene su fundamento teórico en el modelo de la sanción óptima que, atendiendo al comportamiento racional de los agentes económicos, en cuanto buscan la maximización de sus utilidades, considera que el costo social total de las sanciones es el costo para los infractores más el costo o menos la ganancia para el resto de la sociedad, donde la multa debe producir una ganancia para la sociedad que, al menos equivalga al costo para los infractores. En este sentido, si el costo efectivo en que hubiere incurrido el infractor es mayor al costo que hubiera demandado el cumplimiento estricto de la exigencia, no es posible hablar de una ganancia financiera neta para el infractor. Es impensable que la sanción a aplicar ignore esta realidad.

En estos términos, la SMA ha entendido que el beneficio económico ***“garantiza que la sanción constituirá un verdadero desincentivo al infractor, evitando que las ganancias obtenidas por la empresa puedan ser mayores que las consecuencias negativas impuestas por el incumplimiento. De esta manera se asegura el efecto preventivo de la sanción, el cual pretende disminuir incumplimientos futuros a la norma”*** (Res. Ex. N° 234, de 17 de marzo de 2016, procedimiento sancionatorio rol D-014-2015).

Considerar correctamente los gastos desembolsados y rebajarlos del beneficio económico obtenido motivo de la infracción, garantiza la finalidad preventiva de la sanción para este procedimiento sancionatorio en particular. Estos gastos, en los términos de las Bases Metodológicas que la SMA utiliza para definir el beneficio económico, no importan en ningún caso ni un aumento de los ingresos, ni una disminución en los costos, sino justamente lo contrario.

Ello permitirá una respuesta punitiva que relacione proporcionalmente las ganancias obtenidas a causa de la infracción con las consecuencias negativas impuestas por el incumplimiento, cumpliéndose de esta forma ***“con el objetivo de vincular la infracción a la respuesta sancionatoria precisa que le corresponda. La consideración de estas circunstancias en el proceso de determinación de sanciones permite una aplicación adecuada del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria”*** (Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones de la SMA). En este mismo sentido, las Bases de la SMA indican que la imposición de sanciones debe observar los principios de consistencia y flexibilidad, y señalan que ***“un sistema justo y equitativo para la definición de las sanciones debe ser flexible, permitiendo incorporar ajustes que reflejen las diferencias propias del caso específico”***. Estos ajustes deben considerar el escenario concreto de cumplimiento del sujeto.

A mayor abundamiento, la Res. Ex. N° 198, de 18 de marzo de 2015, rol F-025-2013, reconoce lo señalado anteriormente y **considera una solución implementada por la empresa para efectos de afirmar que ese gasto no importó un ahorro financiero (es**

decir, la obtención de un beneficio económico). En efecto, en relación a la construcción de un canal abierto como modificación del tipo de conducción de aguas lluvias de un proyecto minero decidida por la empresa como solución alternativa, la SMA reconoció que los costos de la obra implementada superaron ampliamente los de la obra exigida. Al respecto resuelve que *“el incumplimiento no implicó para la empresa un ahorro en términos de costos de inversión e instalación de estructuras (...), por ende, no hubo beneficio económico respecto a la infracción en comento”*.

En un sentido análogo, mediante la Res. Ex. N° 111, de 13 de febrero de 2015, rol F-057-2014, la SMA concluye que no se producen beneficios económicos por costos atrasados o evitando cuando una *“infracción a pesar de implicar un ahorro en el costo de bombeo desde los pozos, conlleva a su vez a un gasto de realizar el bombeo de un sistema a otro, por lo que los ahorros visualizados se encuentran compensados”*.

Bajo este entendimiento, es posible imputar los gastos efectivamente realizados con el objetivo de abordar los impactos ambientales del proyecto, aun cuando ellos deriven de una ejecución alternativa del mismo que no se ajusta a la RCA.

Incluso más, en la misma Res. Ex. N° 111/2015, la SMA ha concluido que no hay beneficio económico cuando la construcción de piscinas con un volumen total 10 veces mayor a lo permitido, dado que *“la empresa incurrió en gastos mayores a los que debía incurrir si cumplía con sus RCA”*.

Por lo anteriormente expuesto es que los valores que surjan producto del cálculo del beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción deben necesariamente ser contrastados con los montos efectivamente desembolsados por el presunto infractor.

En efecto, como se verá, en general los cargos no se deben al no desarrollo de actividades o exigencias establecidas en la RCA. En este caso, mi representada construyó el sistema de manejo de aguas de no contacto, la discusión surge con una parte específica de este; asimismo tampoco evitó construir el sistema de tratamiento de aguas de contacto, de hecho lo construyó (líneas de pozos, muro cortafugas, piscinas de acumulación, planta de tratamiento, etc.), el punto es que respecto de algunas tuvo retrasos y no estaban todas plenamente operativas al momento de producirse los incidentes de diciembre de 2012 y enero de 2013.

Adicionalmente, construyó una obra adicional que la SMA estima que no se encontraba autorizada en la RCA (la CCR), y respecto de la cual se explica la razón por la cual se construyó y se entendía por mi representada y también por el organismo con competencia ambiental (DGA) que estaba autorizada en el marco de las RCA que aprobaron el proyecto; también se construyeron los pozos respecto de los cuales se cuestiona la ausencia de electrificación o mediciones a su respecto y el muro cortafuga se construyó de una magnitud enorme, en la forma propuesta en el EIA.

De este modo, todas dichas inversiones deben considerarse al momento de calcular eventuales multas, y obviamente deben restarse de un posible o eventual beneficio económico.

D. CUARTA PARTE: OBSERVACIONES A LA PRUEBA RENDIDA EN RELACIÓN CON LOS 23 HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN DESCRITOS EN EL ORDINARIO U.I.P.S. N°58 DE 24 DE MARZO DE 2013 (LA “FORMULACIÓN DE CARGOS”).

Dicho lo anterior, corresponde ahora abordar los antecedentes que obran en el proceso, producidos tanto antes como después de la reapertura del proceso, ocurrida con la referida Resolución N°696 de 22 de abril de 2015.

I. DE LA RES. EX. N°1191 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2016 (LA “RESOLUCIÓN 1191”).

Por medio de la Resolución 1191, la SMA abrió un término probatorio, para el que se fijaron puntos de prueba y se decretaron diligencias. La fijación de puntos de prueba dice relación con aquellos hechos estimados por la SMA como pertinentes, sustanciales y controvertidos y respecto de los cuales estimó necesario recabar mayores antecedentes. Naturalmente que la apertura de un término probatorio, no obsta al derecho de las partes a presentar antecedentes en todo momento, sea en conexión con los hechos y circunstancias que fueron incluidos en la referida Resolución N°1191, como con aquellos que no lo fueron, en atención a lo dispuesto por la propia SMA (Res. Ex. N°01/2016) y por los artículos 10, 13 y 17 de la ley 19.880.

Por lo tanto, en el presente análisis se incluirán observaciones sobre la prueba que obra en la totalidad del proceso, respecto de cada uno de los hechos u omisiones constitutivos de infracción incluidos en la Formulación de Cargos haciéndose expresa referencia, en el caso que corresponda, a aquellos respecto de los cuales se hubieren fijado puntos de prueba y decretado diligencias probatorias en la referida Resolución 1191.

II. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RCA N°24/2006.

Como se expresó en el capítulo precedente, los hechos infraccionales se presentan agrupados en razón de la lógica del artículo 60 de la LOSMA (sin perjuicio de que dentro de cada grupo, cada hecho infraccional se aborda de manera independiente) en el orden siguiente: **(1)** la construcción de un sistema de interceptación y desvío de aguas de no contacto distinto al aprobado por la RCA 24/2006, Considerando 4.3.1. a) 1., hechos consignados en los numerales 23.1, 23.2 y 23.3 del Ord. U.I.P.S. N° 58, formulación de cargos; **(2)** incumplimiento de las condiciones establecidas en el Considerando 4.3.2. I.1) y 4.5.2 b) de la RCA 24/2006, contar con un sistema de tratamiento de drenaje ácido distinto al evaluado, hechos consignados en los numerales 23.4, 23.5 y 23.6 del Ord. U.I.P.S. N° 58 formulación de cargos; **(3)** incumplimiento de las condiciones establecidas en el Considerando 7 letra a).1 de la RCA 24/2006, descarga desde planta de drenaje ácido de roca no declarada ni monitoreada, hecho consignado en el numerales 23.7 del Ord U.I.P.S. N°58 formulación de cargos; **(4)** incumplimiento de las condiciones establecidas en los Considerandos 4.5.2 y 9.8. de la RCA 24/2006, la falta de activación

de planes de respuesta asociados al sistema de alerta de calidad superficial por empleo de una metodología distinta a la evaluada, hechos consignados en los numerales 23.8 y 23.9 del Ord U.I.P.S. N°58 formulación de cargos; **(5)** incumplimiento de las condiciones establecidas en los Considerandos 4.3.2. I.1) y 4.5.2 de la RCA 24/2006 contar y operar un sistema de captación de aguas de contacto distinto al evaluado, hechos consignado en el numerales 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13 del Ord U.I.P.S. N°58 formulación de cargos; y, **(6)** incumplimiento de las condiciones establecidas en el Considerandos 9.17 de la RCA 24/2006, incumplimiento al sistema de alerta de aguas subterránea, hecho consignado en el numeral 23.14 del Ord. U.I.P.S. N°58 formulación de cargos.

1. CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE INTERCEPCIÓN Y DESVÍO DE AGUAS DE NO CONTACTO DISTINTO AL APROBADO POR LA RCA 24/2006, CONSIDERANDO 4.3.1 a.1). HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 23.1, 23.2 y 23.3 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.

Los hechos infraccionales que dicen relación con la construcción de un sistema de intercepción y desvío de aguas de contacto distinto al aprobado por la RCA 24/2006 son los consignados en los numerales 23.1, 23.2 y 23.3, como se describe a continuación:

“23.1 La construcción de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior en un lugar no adecuado, al no ser construida al final de una extensión de dicho canal. Asimismo, la construcción de obras de alivio, asociadas a las obras de arte Ws 1 y S del Canal Perimetral Norte Inferior, las cuales no fueron aprobadas en la RCA, ni en el proyecto de modificación de cauce aprobado por la Dirección General de Aguas mediante Resolución DGA W 163, de marzo de 2008, de la Dirección Regional de Aguas de la Región de Atacama. Las aguas conducidas por dichas obras de alivio van dirigidas al sistema de aguas de contacto, específicamente, al depósito de estériles nevada norte, y no aseguran la conductividad hidráulica del sistema de aguas de no contacto.

23.2. En la quebrada 9, lugar de descarga de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, se constató que está cubierta por una capa de material coluvial, la cual se ha erosionado debido a la bajada de flujos que ocurre en dicho sector. En razón de lo anterior, se evidenció que el cauce naturalmente no estaba labrado en roca, y por ende, era necesario protegerlo mediante el uso de enrocados y geotextil como se estableció en la RCA, cuestión que el titular no realizó.

23.3. La construcción de un canal auxiliar no autorizado dentro del sistema de aguas de contacto, que capta las aguas provenientes de la obra de arte W 6 del Canal Perimetral Norte Inferior, y que las dirige hasta la quebrada 9, lugar de descarga original de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior.”

1.1. Alegaciones y defensas planteadas por CMN respecto de los hechos infraccionales 23.1, 23.2 y 23.3 en conjunto.

Si bien los referidos hechos infraccionales, que dieron lugar a los mencionados cargos, fueron fundamento de la autodenuncia interpuesta por esta parte y por lo mismo aceptados en el escrito de contestación de 29 de abril de 2013, ello no obsta a las

alegaciones y defensas que se enuncian a continuación, de acuerdo a la prueba que ha sido rendida en este procedimiento sancionatorio.

En efecto, como veremos en primer lugar, los hechos 23.1, 23.2 y 23.3 se refieren todos a incumplimientos de una misma medida, el Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto; y en segundo, ha sido acreditado en el procedimiento que no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón del daño ambiental generado y la intencionalidad en la comisión de la infracción.

1.1.1 Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos 23.1, 23.2 y 23.3 se refieren todos a incumplimientos de una misma medida, el Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto.

Esta parte sostuvo que las infracciones contenidas en los tres numerales responden a un mismo fundamento y que todas ellas son dependientes entre sí, dando cuenta de un solo hecho infraccional: la construcción de un sistema de manejo de aguas de no contacto distinto al evaluado.

En particular, esta parte sostuvo en su escrito de Evacúa Traslado de 14 de mayo de 2015, que las infracciones en cuestión se refieren a una misma conducta que constituyó una desviación de los términos de la RCA. En función de ello, esta parte solicitó dichas infracciones fueran tratadas y sancionadas como una sola infracción en virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la LOSMA.

Tal como se alegó en su momento y como se expresa en el capítulo I de la Tercera Parte de este escrito, sancionar estos hechos de manera separada constituiría una infracción al principio de *non bis in idem* consagrado en el mencionado artículo 60. Al respecto, damos por reproducidos en este acto los pasajes relativos a la alegación sobre *non bis in idem* en general, contenidos en la sección I de la Tercera Parte supra referidos al Informe en Derecho “El principio “*non bis in idem*” en el ámbito de las sanciones administrativas: contenido, alcances, efectos y aplicación en la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente”, elaborado por el Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez y en reciente fallo del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia (Rol R-15-2015, Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente²²), así como aquellos que se refieren a estos hechos en particular contenidos en el escrito Evacúa Traslado presentado por CMN (págs. 39-40).

Teniendo presente lo anterior, los supuestos de hecho que conforman los cargos 23.1, 23.2 y 23.3 de la Formulación de Cargos, **se refieren todos a incumplimientos de una misma medida –“el Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto”, consistente en “la implementación de canales interceptores perimetrales para la etapa de operaciones, los cuales descargarán finalmente al río del Estrecho aguas abajo del botadero”-** cuyos componentes están descritos todos bajo el Considerando 4.3.1 literal 1.2 de la RCA

²² “Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente”, Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, fallo dictado con fecha 5 de febrero de 2016, en expediente de reclamación Rol R-15-2015.

24/2006. En virtud de todo ello, el sancionar estos tres hechos como tres infracciones separadas, importaría una clara vulneración al artículo 60 de la LOSMA.

1.1.2 No existen en el procedimiento sancionatorio antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, ni en razón del daño ambiental generado, ni de la intencionalidad en la comisión de la infracción.

Tal como consta del escrito Evacúa traslado, esta parte afirmó que los hechos infraccionales descritos en los numerales 23.1, 23.2 y 23.3 de la Formulación de Cargos, no dieron lugar a daño ambiental irreparable ni riesgo para la salud de las personas, reservándose expresamente el derecho a presentar material probatorio relativo a la vulneración de las vegas, el grado de perturbación de las mismas, su valor social y la recuperabilidad del daño infringido.

De esta manera y luego de finalizado el período probatorio, es posible concluir, según se detalla más abajo que: **(i)** no existen antecedentes suficientes que permitan confirmar o descartar que el Proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo pre-existente en el territorio; **(ii)** los interesados no han probado sus alegaciones respecto de la generación de daño ambiental por contaminación de las aguas causada por el manejo de los eventos de diciembre 2012 y enero 2013 por parte de CMN; y **(iii)** que la prueba aportada al procedimiento descarta de manera evidente la existencia de un supuesto daño ambiental irreparable causado a las vegas andinas.

(i) *No existen antecedentes suficientes que permitan confirmar o descartar que el Proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo pre-existente en el territorio. En particular, no existe antecedente alguno que permita concluir que las infracciones incluidas en los N°s 23.1, 23.2 y/o 23.3 han generado riesgo alguno a la salud de la población.*

Durante la tramitación del presente procedimiento no se ha aportado prueba alguna que permita deducir que las infracciones asociadas a los cargos 23.1, 23.2 y/o 23.3 hayan causado la creación de riesgo para la salud de la población en las inmediaciones del Proyecto.

Cabe hacer presente en relación con esta circunstancia que, si bien la Resolución 1191 incluye como punto de prueba la *“Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población (...) como consecuencia de las infracciones (...) relacionadas con el Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y de No Contacto”*, esto es, lo concibe de manera genérica para todos los hechos infraccionales referidos a dicho sistema, la Minuta Técnica DFZ **entiende y circunscribe la evaluación de riesgo a la falta de activación de los planes de emergencia o pre emergencia del sistema de alerta de calidad de agua superficial.**

De este modo, no procede efectuar una imputación de riesgo para la salud de la población de modo genérico, sino que es necesario que tal imputación (para el caso en que existan antecedentes que permitan hacerla, lo que no ocurre en este proceso) diga

relación directa con el o los hechos constitutivos de infracción que fueren capaces de generar el riesgo específico.

No puede, por la vía de una imputación general de riesgo, soslayarse el criterio de causalidad básico y necesario para atribuir responsabilidad. Es más, si la autoridad pretendiera saltarse dicha imputación causal señalando que es la suma de todos los hechos incluidos en la Formulación de Cargos las que generan dicho riesgo, entonces ello significa que estamos en presencia de una sola infracción.

Sin perjuicio de lo señalado en forma precedente, nos referiremos en detalle a este antecedente probatorio cuando abordemos los Cargos 23.8 y 23.9 de la Formulación de Cargos, aunque –en apoyo a la conclusión expuesta en el presente párrafo –en cuanto a que no se ha aportado antecedente alguno en el proceso que permita deducir que los hechos infraccionales descritos en los numerales 23.1 a 23.3 han generado un riesgo para la salud de la población-, nos remitimos a dicha Minuta Técnica de la DFZ en cuanto señala que la metodología empleada en la evaluación *“no contiene herramientas específicas destinadas a identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo obtenidos en un sitio y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por lo tanto impide confirmar o descartar que el proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo pre existente en el territorio.”* (Lo destacado es nuestro.)

- (ii) *Los interesados no han probado sus alegaciones respecto de la generación de daño ambiental por contaminación de las aguas causada por el manejo de los eventos de diciembre 2012 y enero 2013 por parte de CMN.*

En general, los interesados que han comparecido en este proceso alegan contaminación de las aguas tras el evento que afectó los canales perimetrales. En particular, en lo que se refiere a los hechos descritos en los cargos 23.1 a 23.3, en el escrito por el que las Comunidades del Valle del Huasco evacuaron el traslado conferido por la Resolución 696 (escrito presentado con fecha 5 de mayo de 2015), se señala que:

“los antecedentes brindados por la propia empresa denotan de manera preocupante que durante 17 días (del 22 de diciembre al 7 de enero) se recondujeron aguas de los canales perimetrales hacia el sub sistema de aguas de contacto, las cuales como ya sabemos no podían ser tratadas al no estar terminado el sistema de manejo de aguas y las obras de captación y manejo de drenaje ácido. Por lo cual hay dos semanas en que la comunidad permaneció en peligro previo a la autodenuncia. Lo más posible es que la empresa descargó estas aguas al río sin tener certeza de su calidad contaminando las aguas, tal como sucedió en el período de la autodenuncia fiscalizado y sancionado por la Superintendencia del Medio Ambiente. (...)” (Énfasis agregado.)

En relación con estas acusaciones, debemos señalar:

- Los interesados no han aportado ningún antecedente al proceso que permita acreditar los hechos que suponen.

- En cuanto al peligro al que habrían estado expuestos durante los días en que –como medida de contingencia- las aguas de no contacto habrían sido conducidas al sistema de aguas de contacto, cabe señalar que fue precisamente ese hecho el que permitió controlar el evento, manteniendo las aguas en las piscinas de acumulación. Dichas aguas eran aguas de no contacto, por lo que su calidad correspondía a la calidad natural. De esta manera, frente a la suposición de la Comunidad de haber quedado expuestos a contaminación durante el período previo a la autodenuncia, lo cierto es que, al haberse acumulado y mantenido las aguas en las piscinas, se derrumba su suposición. Ello consta de lo informado por el ORD. DGA Atacama N°426 de 27 de junio de 2013 (antecedente incorporado al proceso mediante la Resolución 696), cuando, citando la Resolución DGA N°159/2013²³, expone:

“r) Por su parte, aguas abajo de la Cámara de Restitución citada en la letra o= anterior, existen emplazadas 2 piscinas de acumulación de aguas de contacto, las que al momento de la inspección [30 de enero de 2013] se encontraban aproximadamente, cada una de éstas, al 50% de la capacidad total de almacenamiento.

“s) Según lo informado por personal de la empresa Compañía Minera Nevada SpA durante el recorrido por las instalaciones mineras, se señaló que el agua acumulada en las piscinas citadas en la letra r) anterior, tiene su origen producto de la ocurrencia de eventos significativos de deshielos durante fines del año 2012 y principios de 2013.

“t) Durante la inspección se verificó que las piscinas a que se refiere la letra r) anterior, no estaban ni recepcionando ni descargando ningún tipo de flujo.” (Énfasis agregado.)

Por lo tanto, no existen antecedentes que permitan acreditar lo alegado por las Comunidades, en relación con la eventual contaminación de las aguas como consecuencia directa de los hechos infraccionales descritos en los cargos 23.1 a 23.3.

(iii) La prueba aportada al procedimiento descarta de manera evidente la existencia de un supuesto daño ambiental irreparable causado a las vegas andinas.

Durante la tramitación del presente procedimiento se ha desarrollado importante actividad probatoria centrada en la caracterización de los efectos que la infracción asociada a los cargos 23.1, 23.2 y 23.3 tuvo sobre el medio ambiente. Concretamente, durante este procedimiento se ha buscado determinar cuáles fueron los efectos que desplazamientos de tierra asociados a los eventos aluvionales de diciembre de 2012 y enero de 2013 (en adelante eventos aluvionales) tuvieron sobre dos vegas (Vega Norte y Vega Sur) ubicadas en cercanías de la obra de salida del canal perimetral norte inferior.

²³ Resolución D.G.A. Atacama N°159 de 12 de marzo de 2013, por la que se resuelve denuncia presentada por la Junta de Vigilancia del Río Huasco y sus Afluentes contra CMN, en relación con captura de flujos de aguas superficiales desde la cabecera del río Estrecho y su posterior conducción y acumulación hacia las piscinas de almacenamiento.

Cabe hacer presente que, previo a la reapertura del procedimiento sancionatorio, la División de Fiscalización de la SMA evacuó el Memorandum N° 258/2013, el cual buscó caracterizar dicha afectación como daño ambiental no susceptible de reparación. Dicho informe fue la base sobre la cual la anulada resolución N° 477 caracterizara el hecho infraccional en cuestión como constitutivo de una infracción “gravísima” al tenor del artículo 36, numeral 1, de la LOSMA.

Sin embargo, nuevos antecedentes allegados al expediente administrativo con posterioridad a la decisión del Tribunal Ambiental y a la reapertura del procedimiento han desacreditado las conclusiones expresadas en el Memorandum N° 258/2013. En particular, se ha establecido que la extensión y magnitud de la afectación a las vegas fue mucho menor a lo calculado originalmente—en efecto, la Vega Sur no sufrió daño alguno. Más aún, los nuevos antecedentes dan cuenta de la existencia de un proceso de recuperación de las áreas efectivamente afectadas, lo cual debe llevar a desestimar la caracterización del daño como irreparable. Una apreciación distinta implicaría contradecir la realidad y obrar, en este procedimiento, sin sujeción a una regla de razonabilidad.

A continuación, se exponen las observaciones de esta parte a los diferentes antecedentes probatorios que obran en el expediente y que guardan relación con la caracterización de la afectación a la Vega Norte y Vega Sur como consecuencia de los eventos aluvionales:

- a. El Memorandum N° 258/2013 de la División de Fiscalización de la SMA estableció inicialmente la irreparabilidad en ausencia de la información que ha demostrado la recuperación y recuperabilidad de las vegas afectadas.*

El Memorandum N° 258/2013 buscó caracterizar los efectos que los eventos aluvionales de diciembre 2012 y enero de 2013 tuvieron sobre la Vega Norte y la Vega Sur. Dicho informe utilizó como insumo central el Ordinario N° 152 de 12 de febrero de 2013, del Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante “SAG”). Sobre la base de dicha información, determina que el área afectada en ambas vegas alcanza los 1.378 m², de los cuales un 40% fue objeto de limpieza. Dicho informe concluyó que la extensión del daño, sumado al valor ambiental del sistema afectado y el nivel de afectación de las mismas permitía caracterizar los efectos como daño ambiental. Adicionalmente, el informe concluyó que de la información disponible no era posible determinar la recuperabilidad del sistema afectado, por lo que caracterizó el daño como irreparable.

Es importante destacar que el Memorandum en cuestión caracterizó el daño como irreparable solamente sobre la base de la **ausencia de información que diera cuenta de un proceso de recuperación.**

Al respecto, esta parte debe hacer presente que **las conclusiones a las que arribó el mencionado informe se basaron exclusivamente en información obtenida durante las fiscalizaciones realizadas en 2013.** Sin embargo, dicha información ha sido sobrepasada por los nuevos antecedentes allegados al proceso, incluyendo las visitas en terreno

realizadas por el SAG en el año 2015, las cuales desestiman las conclusiones contenidas en el referido Memorandum N° 258/2013.

b. Ordinario N° 664/2015 de 1 de octubre de 2015, Evacuado por el SAG.

El Ordinario N° 664/2015 fue elaborado por el SAG en respuesta al oficio N° 755 de la SMA, por medio del cual, con posterioridad a la reapertura del procedimiento se solicitó a dicha repartición entregar información adicional para efectos de caracterizar los efectos sufridos por la Vega Norte y Vega Sur. Para estos efectos, el SAG realizó una nueva visita a terreno, llevando a cabo nuevas mediciones del área afectada por los aluviones de enero de 2013 y el estado actual de la flora en las secciones de la vega limpiadas.

La información aportada por el Ordinario N° 664/2015 es de capital importancia en tanto permitió al servicio enmendar las conclusiones a las que había arribado previamente en su Ordinario 152/2013. En específico, el SAG concluyó que:

- **En cuanto a la caracterización de los sistemas afectados:** El SAG aportó información precisa para la caracterización de la importancia de la vega afectada. Por una parte, determinó que el valor social de la vega afectada **“no es de gran consideración”** dada su ubicación dentro del Proyecto Pascua Lama. Por otra parte, en cuanto a la importancia biológica del sistema, se estableció que ésta se vincula a su función en cuanto a proveer alimentación a fauna silvestre, así como lugar de refugio, nidificación y alimentación de algunas especies de aves silvestres. En suma, se determina que el valor central de la vega se vincula a los servicios biológicos que la misma presta.
- **En cuanto a la extensión del daño:** El SAG concluyó que la **Vega Sur no sufrió daño alguno** producto de los eventos aluvionales. En efecto, el SAG pudo constatar de manera certera que el área de cerca de 700 m² correspondiente a la Vega Sur, previamente considerada como afectada, correspondía a un afloramiento estacional de aguas. Dicha área **no contenía vegetación** y por tanto no formaba parte del sistema denominado Vega Sur.
- **En cuanto a la recuperabilidad del daño ocasionado:** El SAG constató que existían **signos de repoblamiento por especies vegetales en el área de la Vega Norte afectada**. En concreto, se constató la existencia de nuevos brotes que daban cuenta de un proceso de recuperación de la Vega Norte (proceso que se ha llevado a cabo de manera natural, sin intervención). El SAG constató que, en junio de 2015, el repoblamiento alcanzaba un área cercana al 5% de la superficie de la vega afectada. Lo anterior resulta destacable especialmente en atención a que dichas mediciones se realizaron durante la temporada en la que la Vega se encuentra en estado de latencia y por tanto el crecimiento de las especies vegetales es menor al registrado en el resto del año.

En suma, por medio de dicho informe el SAG desestima de manera categórica las conclusiones presentadas en el Memorandum N° 258, tanto en lo que respecta a la extensión del daño causado como a su recuperabilidad.

c. El Informe Pericial “Respuestas ORD N° 755 de 2015”, BIOMA S.A. Consultores Ambientales ratifica las conclusiones arribadas por el SAG en cuanto a la resiliencia y recuperabilidad de los sistemas vegetacionales afectados.

El informe Pericial elaborado por BIOMA S.A. Consultores Ambientales, titulado “Respuestas ORD N° 755 de 2015” fue presentado mediante Carta PL-0146/2015, de 9 de octubre de 2015, con posterioridad al Ordinario N° 664/2015 del SAG, y aborda las mismas materias sobre la base de la información y análisis realizado por los peritos contratados por esta parte.

Dicho informe ratifica las conclusiones arribadas por el SAG en cuanto a la extensión del daño producto de los eventos aluvionales. En particular, mediante la realización de un análisis de fotointerpretación de imágenes satelitales previas a los incidentes, corrobora las conclusiones del SAG en cuanto a que el área afectada en las inmediaciones de la Vega Sur correspondía a un afloramiento de agua y no a cobertura vegetal propia de dicho sistema. De ello se deduce, más allá de toda duda que no existió afectación a la Vega Sur.

Asimismo, el informe entrega mayor información sobre la resiliencia y recuperabilidad de los sistemas vegetacionales afectados. Al respecto, el informe da cuenta que la evidencia científica disponible indica que esta clase de ecosistemas sufren afectaciones exógenas—como aluviones—de manera regular y que estas “constituyen dinámicas que regulan la estructura y funcionamiento de los humedales de quebrada”.

En otras palabras, esta clase de sistemas muestran un alto nivel de resiliencia frente a estas afectaciones en la medida que los recursos hídricos que sostienen el ecosistema en cuestión se encuentren disponibles. Adicionalmente, dicho informe indica que los procesos de recuperabilidad de los ecosistemas afectados pueden ser acelerados por medio de la intervención humana a través de un plan de recuperación.

d. El Análisis Multitemporal Vegas Afectadas por Eventos Aluvionales Proyecto Pascua-Lama, elaborado por BIOMA S.A. Consultores Ambientales, demostró la inexistencia de afectación a la Vega Sur así como el crecimiento y recuperabilidad de la Vega Norte.

BIOMA S.A. Consultores Ambientales elaboró un análisis multitemporal de las vegas afectadas con el objeto de determinar de manera certera tanto el área original de las vegas como la porción efectivamente afectada por los eventos aluvionales. Para estos efectos se realizó un análisis consistente en la fotointerpretación de imágenes satelitales correspondientes al área de las vegas en los años 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.

Dicho informe (acompañado mediante Carta PL-0146/2015) permitió ratificar las conclusiones alcanzadas por el SAG en el Ordinario N° 664/2015, en cuanto a que la Vega Sur no fue afectada por los eventos aluvionales. El análisis de las imágenes satelitales permite corroborar que la superficie originalmente considerada como vega afectada en la Vega Sur correspondía realmente a un afloramiento de agua estacional, sin que existiera cobertura vegetal. En efecto, el informe permitió concluir que la superficie de vegetación de dicha vega ha mostrado una marcada tendencia al alza, dando cuenta de un aumento en el área vegetacional.

Por otra parte, el análisis multitemporal permitió concluir que la reducción de la cobertura vegetacional experimentada por la Vega Norte, con posterioridad a los eventos, alcanzaba un área cercana a los 500 m².

Adicionalmente, al incorporarse el análisis de imágenes correspondientes al año 2014, se pudo constatar también que la cobertura vegetal a 2014 alcanzó los 1548 m². Lo cual da cuenta de un proceso de crecimiento de la Vega Norte. Ello resulta de capital importancia al evaluar la magnitud del daño causado a la misma, así como también su recuperabilidad. **En concreto, ello demuestra que la Vega Norte mantiene sus dinámicas normales, desarrollándose y recuperando su cobertura vegetal.**

e. La propia Inspección Personal Faena Minera Pascua Lama, del 20 de enero de 2016, según Res. Ex. D.S.C./P.S.A. N° 1191 pudo constatar la recuperabilidad de las áreas inicialmente afectadas.

Dado que en virtud de los antecedentes antes presentados se pudo desestimar las conclusiones arribadas por la SMA en su Memorándum N° 258, en cuanto al área y recuperabilidad de los ecosistemas afectados por los eventos aluvionales, la SMA ordenó la realización de una inspección personal en el lugar con el objeto de delimitar, una vez más, el área de las vegas y su superficie en recuperación. Dicha diligencia se llevó a cabo por parte de personal del SAG, la SMA, así como también de los representantes de CMN SpA, los interesados y los peritos designados por cada parte.

Tal como consta en el acta correspondiente a dicha diligencia, se pudo constatar la presencia de guanacos, tanto adultos como crías, en conductas de forrajeo sobre el área de las vegas. Asimismo, se pudo constatar la presencia de heces y plumas, lo que constituye evidencia de la presencia de otros animales que habitan en dichas vegas, como pájaros y roedores. Al respecto cabe hacer presente que ello da cuenta que **dichas vegas siguen prestando los servicios ecológicos característicos, esto es, la mantención de especies animales.** Lo anterior resulta relevante puesto que indica que el daño causado con los eventos aluvionales no ha impedido que dicho ecosistema cumpla sus funciones normales, lo que da cuenta que la magnitud del daño causado es menor a la originalmente constatada en el procedimiento sancionatorio.

Adicionalmente, durante dicha inspección **se pudo constatar una vez más la existencia de indicios de recuperación en el área afectada de la Vega Norte**, cuestión que fue examinada por medio de la realización de una transecta de 20 metros, ejecutada por personal del SAG.

Finalmente, dicha diligencia permitió la realización de un track con equipos GPS de alta precisión que permitió delimitar el área actual de ambas Vegas. En el caso de la Vega Norte, se delimitó también el área de la superficie afectada y actualmente en recuperación.

- f. El Ordinario N° 842/2016 SAG que remite Informe de Visita Inspectiva también da cuenta del incremento de la cobertura vegetal del área inicialmente afectada.*

Con posterioridad a la inspección personal de 20 de enero de 2016, el SAG evacuó el Ordinario 842/2016, en el cuál se dio cuenta de la realización del track con equipo GPS del área de las vegas, así como también de la transecta con la que se pretendía determinar el grado de recuperabilidad de la Vega Norte. Dicho informe indica expresamente que durante la visita se constató la existencia de vegetación activa en la zona afectada de las vegas, la cual alcanzaba “un valor del 12% aproximadamente y corresponde a renuevos de [Oxychloe] Andina”.

Dicho antecedente es de capital importancia puesto que **da cuenta de un incremento importante en la cobertura vegetal del área de la Vega Norte afectada y en recuperación.** Así, en el Ordinario N° 664/2015 el SAG había establecido que los signos de recuperación a octubre de 2015 alcanzaban menos del 5% del área afectada, mientras que en enero de 2016 dicho porcentaje aumentó al 12%, esto represente un aumento de más del doble de cobertura en un período de 3 meses. Ello supone la existencia de un importante proceso de recuperación del área afectada que se encuentra actualmente en desarrollo, recuperación que ha ocurrido de manera natural y espontánea.

- g. El Informe Pericial tras la Inspección Personal realizado por BIOMA S.A. Consultores Ambientales también constata la tendencia a la expansión del área inicialmente afectada y la existencia de claros signos de recuperación.*

Este informe pericial fue Evacuado por los peritos designados por CMN SpA y que participaron en la visita inspectiva del 20 de enero de 2016. Dicho informe se acompaña mediante Carta PL-018/2016 de 10 de febrero de 2016, y da cuenta de las áreas medidas a través del track con equipos GPS de alta precisión, según los cuales el tamaño actual de la Vega Norte corresponde a 2382,2 m². Este dato corrobora la información aportada por el análisis multitemporal efectuado por BIOMA S.A., en tanto **da cuenta de la existencia de una marcada tendencia a la expansión en el área de la Vega Norte.**

Adicionalmente se constató que el área afectada dentro de la Vega Norte corresponde a 477,6 m². Dentro de esta superficie, los peritos pudieron constatar, en concordancia con lo informado por el SAG, la existencia de claros signos de recuperación. Asimismo, se estableció que ambas vegas continúan prestando los servicios biológicos que permitían atribuirles su particular valor, estos son, la provisión de alimento y hábitat a una serie de especies animales, tal como consta en el Acta de fecha 20 de enero de 2016

Por último, el informe de BIOMA S.A. da cuenta también del hecho que los resultados de la medición realizada en la inspección personal (con equipo GPS de alta precisión) no pueden ser comparados válidamente con los cálculos de área basados en fotointerpretación. Lo anterior se debe a que ambas metodologías tienen márgenes de error diferentes que las vuelven incompatibles para efectos de realizar un análisis conjunto. De esta forma, se debe optar por el uso de una u otra metodología, no siendo posible cotejar los datos obtenidos en terreno el 20 de enero con las estimaciones basadas en fotointerpretación realizadas sobre la base de la información disponible en la Adenda N°3 de 2006.

h. Finalmente, el Informe Técnico elaborado por el Ingeniero Agrónomo, don Orlando Macari Rosales, reconoce el amplio margen de error en las áreas medidas.

Finalmente, el perito designado por las Comunidades, don Orlando Macari Rosales, presentó con fecha 10 de febrero de 2016 su informe derivado de la visita a terreno. Dicho informe da cuenta de los tracks realizados por el perito en cuestión, los cuales fueron efectuados con un equipo GPS marca Garmin, modelo Etrex 20. Cabe desatacar que, tal como reconoce el perito en su informe, dicho equipo no es de alta precisión, como aquellos empleados por la SMA y los peritos designados por CMN SpA. En efecto, dicho equipo posee un margen de error amplio que no permite tomar las áreas calculadas como certeras en comparación con los tracks realizados por la SMA y los peritos de esta parte.

En suma, el hecho infraccional que da lugar a los cargos contenidos en los considerandos 23.1, 23.2 y 23.3 del Ordinario N° 58 de 27 de marzo de 2013, fue efectivamente reconocido por esta parte en el sentido que existió un efecto sobre las vegas derivado del referido aluvión. Sin perjuicio de ello, los antecedentes aportados tanto por esta parte como por la SMA y el SAG **no permiten calificar los efectos del hecho infraccional en cuestión como daño ambiental no susceptible de reparación**. En efecto, dichos antecedentes han permitido desestimar fehacientemente las conclusiones arribadas en el Memorándum N° 258 de 2013, emitido por la División de Fiscalización de la SMA.

En particular, el mismo SAG, sobre cuyo Ordinario N° 152 se funda la evaluación del daño de la SMA, ha corregido sus conclusiones, constatando que (i) el área afectada por los eventos aluvionales es menor a la calculada en 2013; y (ii) existe un proceso de recuperación del área afectada de la Vega Norte el cual se encuentra actualmente en desarrollo.

2. INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERANDO 4.3.2. 1.1) Y 4.5.2 b) DE LA RCA 24/2006, CONTAR CON UN SISTEMA DE TRATAMIENTO DE DRENAJE ÁCIDO DISTINTO AL EVALUADO. HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 23.4, 23.5 Y 23.6 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.

Los hechos infraccionales que dicen relación con un sistema de tratamiento de drenaje ácido distinto al evaluado son los consignados en los numerales 23.4, 23.5 y 23.6, de acuerdo a los siguientes términos:

"23.4 No haber construido la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno en la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido.

"23.5 No haber construido la Planta de Osmosis Inversa o Tratamiento Secundario Alternativo.

"23.6 No haber construido el Sistema de Evaporación Forzada."

El Considerando 45.4 de la Formulación de Cargos señala que los referidos hechos podrían constituir infracciones graves al incumplir gravemente las medidas para reducir o eliminar los efectos adversos del Proyecto, toda vez que el sistema de manejo de aguas es una medida de diseño para evitar la afectación en la calidad de las aguas del río Estrecho, así como la medida de mitigación consistente en la evaporación de aguas ácidas. Ello de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 36 N°2 letra e) de la LOSMA.

2.1 Alegaciones y defensas planteadas por CMN.

2.1.1 La Planta de Tratamiento de Drenajes Ácidos fue implementada con una unidad de aireación que cumple los mismos objetivos que la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno.

Si bien los referidos hechos infraccionales fueron aceptados por CMN en su contestación, es necesario considerar en relación con el cargo 23.4 que la Planta de Tratamiento de Drenajes Ácidos no fue implementada con la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno, sino que dicha Planta fue implementada con una unidad de aireación.

Ahora bien, tal tecnología permite cumplir los mismos objetivos que la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno. De este modo, el actual proceso de aireación se utiliza para oxidar los metales presentes en el agua de contacto para luego ser precipitados en forma de hidróxido con la adición de lechada de cal. La oxidación con peróxido de hidrógeno se utiliza también para oxidar metales, los que luego se precipitan en la forma de hidróxido con la adición de lechada de cal.

Ambos métodos de oxidación son utilizados indistintamente en la industria. Se utiliza aireación cuando la concentración o contenidos de metales es baja en las aguas (que es el caso de estas aguas de contacto), mientras que la oxidación mediante peróxido de hidrógeno se emplea cuando el contenido de metales es alto en las aguas, que no es el caso de Pascua Lama.

Pero en definitiva, ambos métodos persiguen obtener la oxidación; mientras el sistema de aireación lo hace empleando un medio gaseoso, el sistema mediante peróxido de hidrógeno utiliza un medio líquido para oxidar.

Por lo tanto, se trata de un cambio tecnológico no significativo por el que se cumple con los mismos objetivos para efectos del tratamiento de las aguas de contacto. Cabe señalar que en la implementación del sistema de aireación, CMN incurrió en costos, los cuales fueron informados en la respuesta b.1.1. de la Carta PL-060/2016, presentada el 10 de mayo de 2016, en respuesta al Requerimiento de Información contenido en la Resolución N°0356.

2.1.2 La Unidad de Osmosis Inversa ha sido ya construida y se encuentra operando.

Por su parte, en relación con el cargo 23.5 es necesario considerar que si bien a la fecha en que fueron constatados los hechos que fueron antecedente a la Formulación de Cargos, no se encontraba construida la Unidad de Osmosis Inversa (o unidad RO) para tratamiento secundario alternativo de drenajes ácidos, dicha unidad fue posteriormente construida y se encuentra operando de conformidad con el permiso otorgado por la autoridad sectorial competente.

2.1.3 Actualmente se encuentra pendiente el pronunciamiento de la autoridad ambiental respecto de la eliminación del sistema de evaporación forzada. En todo caso se trata de una medida de contingencia exigible solo en años húmedos.

Finalmente, y en relación con el cargo 23.6 es necesario considerar que desde noviembre de 2014 se encuentra pendiente el pronunciamiento sobre la consulta de pertinencia de ingreso presentada ante la autoridad ambiental tendiente a eliminar dicho sistema de evaporación forzada.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante tener presente que, tal como lo señala expresamente la RCA, la evaporación forzada es una medida de contingencia, para disponer de excesos de agua de contacto y que solamente es exigible –por razones obvias- durante años húmedos.

En efecto, así consta de los Considerandos 4.3.2. f.2) y f.4) de la RCA 024/2006:

"4.3.2 f.2) Consumos de Agua Fresca en Cuenca del Río Estrecho:

(...) En años secos el consumo podrá reducirse para satisfacer los requerimientos de caudal ecológico en el río del Estrecho, que la Dirección Regional de Agua establezca. En estos períodos se prescindirá de la evaporación forzada y se privilegiará el empleo de los drenajes almacenados en las piscinas para los usos industriales."

"4.3.2 f.4)

(...) En años secos se debe restringir levemente el consumo de agua para riego de caminos, y obviamente no se efectúa evaporación forzada." (Énfasis agregado).

Teniendo en cuenta lo anterior, y tal como se acreditó durante la tramitación del proceso de revisión de la RCA 024/2006, durante todo el período de construcción se presentaron años secos, de modo que la evaporación forzada no hubiese podido ejecutarse aun contando con los evaporadores instalados.

Mediante Carta PL 64/2016 de 26 de mayo del presente año se acompañó el denominado "Anexo 4: "Análisis de Información Hidrológica del río del Estrecho", que fue presentado en el proceso de revisión de la RCA, donde consta la información hidrológica que permite concluir que durante el período relevante a los efectos de este proceso de sanción, no se hubiera podido (ni hubiera sido necesario) activar los evaporadores forzados.

2.2 Alegaciones y defensas presentadas respecto de los hechos infraccionales 23.4, 23.5 y 23.6 en su conjunto.

Por otra parte y tal como expresamos para los casos anteriores, la aceptación de los cargos no obsta a las alegaciones y defensas que se enuncian a continuación, de acuerdo a la prueba que ha sido rendida en este procedimiento sancionatorio.

En efecto, como veremos en primer lugar, los hechos 23.4, 23.5 y 23.6 se refieren todos a incumplimientos de una misma medida, que correspondería a la falta de construcción del sistema de tratamiento de drenajes ácidos evaluado en su oportunidad; y en segundo lugar, ha sido acreditado en el procedimiento que no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de un eventual daño ambiental, de un riesgo a la salud de la población o por mediar intencionalidad en la comisión de la infracción.

2.2.1 Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos infraccionales 23.4, 23.5 y 23.6 se refieren todos al incumplimiento de una misma medida que corresponde a la falta de construcción del sistema de tratamiento de drenajes ácidos evaluado en su oportunidad.

Tal como se indicó en el escrito de Evacúa Traslado, los hechos descritos en los considerandos 23.4 a 23.6 corresponden a una única exigencia que dice relación con la implementación de un sistema que permita el manejo y tratamiento de los drenajes ácidos de roca que son capturados y conducidos a las instalaciones del sistema de manejo de aguas de contacto.

Mirar a estas unidades del sistema de tratamiento de manera aislada e independiente acarrea la eventual aplicación de tres sanciones diferentes, lo que implicaría una desproporción evidente en relación al injusto de una única conducta o hecho infraccional. Todas las desviaciones identificadas constituyen una única infracción al deber de contar con un sistema de tratamiento de drenaje ácido de roca bajo los criterios de diseño definidos en el proceso de evaluación.

A nuestro juicio, los hechos 23.4 a 23.6 no se refieren a la ausencia de partes o módulos o las diferencias existentes entre los componentes o partes de la obra no construida, en comparación con el sistema evaluado, sino a la falta de construcción del sistema de tratamiento de drenaje ácido evaluado. Sancionarlos de manera separada constituiría una infracción al principio de *non bis in ídem* consagrado en el artículo 60 de la LOSMA.

En relación con esta alegación, reiteramos lo afirmado en el Informe en Derecho elaborado por el Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez titulado “*El principio “non bis in ídem” en el ámbito de las sanciones administrativas: contenido, alcances, efectos y aplicación en la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente*”, cuyas conclusiones fueron citadas supra, extractando también los considerandos de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental en el expediente Rol R-15-2015, Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente, en donde se ordena específicamente a la SMA enmendar la resolución reclamada, sancionando dos hechos cargos como una sola infracción, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 60 inciso 2° de la LOSMA.

Aplicando este criterio a los cargos 23.4 a 23.6, los supuestos de hecho que conforman dichas infracciones se refieren todos a incumplimientos de una misma medida – Sistema de Tratamiento de Aguas de Contacto –, la que contempla un tratamiento “primario” y otro “secundario” o de contingencia. Los componentes y procesos de este sistema de tratamiento se describen primero en el Considerando 4.5.2.i.2) de la RCA 24/2006, en cuanto se contempla una planta de tratamiento de drenaje ácido compuesta de una serie de unidades o procesos que menciona, entre los cuales se encuentra la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno y una planta de osmosis reversa, cuyo detalle es luego desarrollado por el considerando 4.5.2. Dicho Considerando 4.5.2 describe los sistemas de contingencia relacionados con los drenajes ácidos acumulados en el sistema, entre los cuales se incluye el tratamiento secundario mediante osmosis reversa, así como la evaporación forzada.

En virtud de lo expuesto, se concluye que **estos procesos son especies de una misma medida general, de forma tal que el cumplimiento de la medida general implica necesariamente el cumplimiento de todas ellas.** Así, dos o más incumplimientos de una misma medida general deben ser considerados como un hecho único; sancionarlos de manera separada importaría una vulneración al principio de *non bis in ídem* y, con ello, al artículo 60 de la LOSMA.

2.2.2 En el presente procedimiento no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población. Tampoco hay antecedentes en el procedimiento administrativo, que den cuenta de la existencia de una intención destinada a ocultar información y/o entorpecer la actividad fiscalizadora o que conlleven no acatamiento de instrucciones de la SMA.

Respecto de los efectos en el medio ambiente, consta de la información aportada a este proceso que, durante el período que este proceso de sanción aborda (diciembre 2012 y enero 2013), el agua de contacto captada en la instalación denominada CCR (BE-2), era restituida al río. Ello, por cuanto los muestreos de su calidad se encontraban conformes con los niveles de alerta respectivos, calculados en relación con el punto NE-5, entendiendo la Compañía que:

- (a) tal como se explicará más adelante al referirse a los cargos referidos a la denominada CCR, tanto esta obra como el manejo diferencial de las aguas de contacto se encontraba amparado tanto por los antecedentes de evaluación ambiental como por los permisos sectoriales respectivos, y
- (b) que según se desarrollará al referirse a los cargos respecto a la metodología de cálculo de niveles de alerta (empleando como base de cálculo los registros de calidad de agua superficial extendidos hasta abril de 2012), se encontraban amparados en un pronunciamiento de la Dirección Ejecutiva del SEA.

Ahora bien, en el caso de que el agua captada no hubiera cumplido con los estándares de calidad, las piscinas actuaban como “pulmón”, contando con capacidad suficiente para acumular los drenajes generados durante el período. Para estos efectos, ver declaración de don Manuel Tejos, en respuesta dada a pregunta N°5 de su declaración, la que transcribimos más adelante al referirnos a la circunstancia de la intencionalidad.

En razón de lo anterior, no abordaremos los eventuales efectos en el medio ambiente para estos cargos N°s 23.4 a 23.6, sino que ello será analizado en relación con los cargos 23.8 y 23.9.

Por otra parte, durante la tramitación del presente procedimiento tampoco se ha aportado prueba alguna que acredite que las infracciones asociadas a los cargos 23.4, 23.5 y/o 23.6 hayan **generado riesgo alguno para la salud de la población** en las inmediaciones del Proyecto.

Cabe hacer presente en relación con esta circunstancia que, si bien la Resolución 1191 incluye como punto de prueba la *“Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población (...) como consecuencia de las infracciones (...) relacionadas con el Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y de No Contacto”*, esto es, lo concibe de manera genérica para todos los hechos infraccionales referidos a dicho sistema, la Minuta Técnica DFZ, **entiende y circunscribe la evaluación de riesgo a la falta de activación de los planes de emergencia o pre emergencia del sistema de alerta de calidad de agua superficial.**

De este modo, no procede efectuar una imputación de riesgo para la salud de la población de modo genérico, sino que es necesario que tal imputación (para el caso en que existan antecedentes que permitan hacerla, lo que no ocurre en este proceso) sea entendida en relación directa con él o los hechos constitutivos de infracción que fueren capaces de generar tal riesgo específico.

De esta manera, no puede, por la vía de una imputación general de riesgo, soslayarse el criterio de causalidad básico y necesario para atribuir responsabilidad. Es más, si la autoridad pretendiera saltarse dicha imputación causal señalando que es la suma de todos los hechos incluidos en la Formulación de Cargos las que generan dicho riesgo, entonces ello significa que estamos en presencia de una sola infracción.

Nos referiremos en detalle a este antecedente probatorio cuando abordemos los Cargos 23.8 y 23.9 de la Formulación de Cargos, aunque –en apoyo a la conclusión expuesta en

el presente párrafo –en cuanto a que no se ha aportado antecedente alguno en el proceso que acredite que los hechos infraccionales descritos en los numerales 23.4, 23.5 y/o 23.6, generaron un riesgo para la salud de la población-, nos remitimos a dicha Minuta Técnica de la DFZ en cuanto señala que la metodología empleada en la evaluación *“no contiene herramientas específicas destinadas a identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo obtenidos en un sitio y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por lo tanto impide confirmar o descartar que el proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo pre existente en el territorio.”* (Lo destacado es nuestro.)

Por último, es necesario hacer constar que no existe antecedente alguno en el presente expediente que pueda dar cuenta de la existencia de una intencionalidad de esta parte destinada a ocultar información, entorpecer la actividad fiscalizadora o incumplir medida alguna que pueda servir para agravar los cargos en análisis.

2.3 Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias.

Tal como expresamos en forma precedente, en la Resolución 1191, se fijó como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos respecto de los cuales la SMA consideró necesario generar prueba, aplicable de manera general al Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y No Contacto, el siguiente punto número 3:

“3. Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población, de conformidad al artículo 40 literal b) de la LOSMA, como consecuencia de las infracciones contenidas en el Ordinario U.I.P.S. N°58, relacionadas con el Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y No Contacto.”

Sobre el mismo, nos remitimos a lo señalado anteriormente, en cuanto a que a) no se ha incrementado el riesgo para la salud de la población por efecto de ingesta de agua; b) en el evento de estimar que sí existen condiciones de riesgo para la salud de la población, no es posible atribuir dicho riesgo al Proyecto; c) en el caso de que se estime que sí es posible atribuir dicho efecto a los hechos infraccionales incluidos en la Formulación de Cargos, se podrían eventualmente asignar solo a los hechos N°23.8 y 23.9 por cuanto así lo señala específicamente la referida Minuta Técnica DFZ; de lo contrario, se deberá asignar –y justificarlo – la manera en que cada uno de los hechos que importan infracción al sistema de manejo de aguas de contacto o no contacto contribuyó a generar dicho aumento en el riesgo, o bien, clasificar, ponderar y en definitiva sancionar todas las infracciones incluidas bajo el Numeral 23 de la Formulación de Cargos, como una sola infracción.

2.4 De la aplicación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

2.4.1 CMN ha demostrado una conducta posterior positiva asociada al cumplimiento de las exigencias que se estiman infringidas y de las medidas y condiciones impuestas por la SMA en su Resolución 477.

CMN ha procurado volver a un estado de cumplimiento mediante la construcción de las unidades faltantes del sistema de tratamiento de drenajes ácidos.

Lo anterior se acredita mediante los siguientes antecedentes:

- a) Copia de Res. Ex. N°1080, 6 de abril de 2011, SEREMI Salud Atacama, aprueba Proyecto "Planta de Tratamiento de Aguas de Contacto" de CMN SpA (acompañada en el Anexo 2.1 Carta PL-011/2016, 29 de enero de 2016).
- b) Copia de Carta PL-0193/2013, de 10 de octubre de 2013, solicitud de aprobación de proyecto de modificación planta de tratamiento de aguas de contacto Pascua Lama, dirigida a SEREMI Salud Atacama; incluye módulo de osmosis reversa (acompañada como Anexo 2.2 Carta PL-011/2016, 29 de enero de 2016)
- c) Memoria Técnica Solicitud de Aprobación de Proyecto de Modificación Planta de Tratamiento de Aguas de Contacto de Pascua Lama (incluye información técnica de módulo RO) que fue acompañada como Anexo C, N°9 de Carta PL-085/2015, Evacúa Traslado y reiterada en Anexo 2.3 Carta PL-011/2016, 29 de enero de 2016).
- d) Copia de Resolución N°2076 de 2 de junio de 2014, que autoriza funcionamiento de proyecto "Modificación Planta de Tratamiento de Aguas de Contacto", según solicitud (acompañada como Anexo C, N°10 de Carta PL-085/2015, Evacúa Traslado, reiterada en Anexo 2.4 Carta PL-011/2016, 29 de enero de 2016).
- e) Carta PL-112-2014, consulta de pertinencia de ingreso "Optimización Sistema de Tratamiento de Drenajes Ácidos y Evaporación Forzada", presentada ante Dirección Regional SEA Atacama, de fecha 7 de noviembre de 2014. En esta consulta se incluye la eliminación y reemplazo del sistema de evaporación forzada (acompañada como Anexo 5 Carta PL-12/2016, 1 de febrero de 2016).
- f) Resolución Exenta N°266 de 4 de diciembre de 2015, por la que la Dirección Regional del SEA Atacama informa la suspensión del proceso administrativo de consulta de pertinencia en tanto no se resuelva proceso de revisión de RCA 24 (25 quinquies) seguido ante la Comisión de Evaluación Ambiental Región de Atacama (acompañada como Anexo 5 Carta PL-12/2016, 1 de febrero de 2016).

3. INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERANDO 7 letra a.1) DE LA RCA 24/2006, DESCARGA DESDE PLANTA DRENAJE ÁCIDO DE ROCA NO DECLARADA NI MONITOREADA. HECHO CONSIGNADO EN EL NUMERAL 23.7 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.

El hecho infraccional referido a la descarga desde planta de drenaje ácido de roca no declarada ni monitoreada es el consignado en el numeral 23.7 de acuerdo a los siguientes términos:

“23.7 La descarga, no justificada, al río Estrecho proveniente de la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido. Asimismo, dicha descarga no fue declarada ni monitoreada de conformidad al Decreto Supremo N°90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a la descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales (“DS 90”).

3.1 Alegaciones y defensas de CMN.

Si bien el hecho descrito fue aceptado en la contestación, en el escrito de Evacúa Traslado, se alegó de manera genérica que, si bien los cargos se encontraban aceptados, esta se refería a los supuestos fácticos de cada infracción. En atención de lo anterior, podemos señalar que en el proceso no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente o bien respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

En efecto, durante la tramitación del presente procedimiento no se ha aportado prueba alguna que permita deducir que el hecho infraccional descrito en el cargo 23.7 haya generado riesgo alguno para la salud de la población en las inmediaciones del proyecto.

Cabe hacer presente en relación con esta circunstancia, que, si bien la Resolución 1191 incluye como punto de prueba la *“Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población (...) como consecuencia de las infracciones (...) relacionadas con el Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y de No Contacto”*, esto es, lo concibe de manera genérica para todos los hechos infraccionales referidos a dicho sistema, la Minuta Técnica DFZ entiende y circunscribe la evaluación de riesgo a la falta de activación de los planes de emergencia o pre emergencia del sistema de alerta de calidad de agua superficial (cargos 23.8 y 23.9).

Sobre el punto nos remitimos a lo ya expresado en el capítulo III de la Tercera Parte de este escrito y hacemos presente, adicionalmente, que nos referiremos en detalle a este antecedente probatorio cuando abordemos los Cargos 23.8 y 23.9 de la Formulación de Cargos, aunque –en apoyo a la conclusión expuesta en el presente párrafo –en cuanto a que no se ha aportado antecedente alguno en el proceso que permita deducir que el hecho infraccional descrito en el N°23.7 ha generado un riesgo para la salud de la población-, nos remitimos a dicha Minuta Técnica de la DFZ en cuanto señala que la metodología empleada en la evaluación *“no contiene herramientas específicas destinadas a identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo obtenidos en un sitio y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por lo tanto impide confirmar o descartar que el proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo pre existente en el territorio.”* (Lo destacado es nuestro.)

4. INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LOS CONSIDERANDOS 4.5.2 y 9.8 DE LA RCA 24/2006, FALTA DE ACTIVACIÓN DE PLANES DE RESPUESTA ASOCIADOS AL SISTEMA DE ALERTA DE CALIDAD DE AGUA SUPERFICIAL, POR EMPLEO DE UNA METODOLOGÍA DISTINTA A LA EVALUADA. HECHOS CONSIGNADOS EN EL NUMERALES 23.8 Y 23.9 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.

Los hechos infraccionales que dicen relación con la falta de activación de planes de respuesta asociados al sistema de alerta de calidad de agua superficial por empleo de una metodología distinta a la evaluada son los consignados en los numerales 23.8 y 23.9 de acuerdo a los términos siguientes:

"23.8 La utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utiliza niveles más permisivos que los contemplados en la RCA.

"23.9 No activar el Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, según los niveles de alerta de calidad de aguas determinados en la RCA."

De acuerdo al Considerando 45.4 de la Formulación de Cargos, estos hechos podrían constituir infracciones graves al incumplir gravemente las medidas para reducir o eliminar los efectos adversos del proyecto.

4.1 Alegaciones y defensas planteadas por CMN.

En primer lugar, en el escrito de Evacúa Traslado del 14 de mayo de 2015, se indica que **los hechos incluidos bajo los numerales 23.8 y 23.9 no pueden ser abordados de forma independiente, toda vez que el primero es causa del segundo**, por lo que el segundo es consecuencia necesaria del primero: los planes de respuesta se deciden activar o desactivar en función de los niveles de alerta de calidad de aguas superficiales. Considerar estas infracciones de manera separada implica contradecir el principio de *non bis in ídem*, según se explicó detalladamente en el Evacúa Traslado. No obstante, para efectos del análisis de la prueba, desagregaremos los antecedentes distinguiendo según el cargo respectivo.

4.1.1 Alegaciones y defensas de CMN en relación con el hecho N°23.8: CMN empleó una metodología distinta actuando bajo el amparo de un pronunciamiento de la autoridad ambiental competente.

Tal como se indica expresamente en el escrito de Contestación, CMN aceptó el hecho infraccional consignado en el Cargo 23.8 sólo **"en el sentido de que su autorización por parte de la autoridad competente no fue informada a esta Superintendencia"**.

Por lo anterior, la aceptación del cargo no dice relación con el aceptar que se usó indebidamente una metodología de cálculo de Niveles de Alerta distinta de la contemplada en la RCA, sino que **empleó dicha metodología distinta actuando bajo el amparo de un pronunciamiento de la autoridad ambiental competente** (Carta 120941 que se pronuncia parcialmente acerca de consulta de pertinencia de ingreso sobre propuesta de adaptación metodológica del cálculo de Niveles de Alerta, de fecha 7 de

junio de 2012, en adelante, la “Carta 120941”), habiendo incurrido la Compañía en la omisión de informar dicha situación en el Sistema de Resoluciones de Calificación Ambiental, de modo que hubiera sido conocida por la autoridad fiscalizadora.

Lo expuesto en la Contestación es reiterado en el escrito de Evacúa Traslado, en donde la génesis y resultado de la referida consulta de pertinencia, en relación con la propuesta de cambio de la metodología de cálculo de los niveles de alerta, es explicada en detalle, aportando información explicativa.

De este modo, durante el año 2012, tras el pronunciamiento de la autoridad ambiental contenido en la Carta 120941, la Compañía calculó los niveles de alerta de calidad de agua superficial empleando la metodología cuya propuesta de cambio había sido aceptada por dicho pronunciamiento, en cuanto señala que no constituye un cambio de consideración que hubiera requerido ser evaluado en el SEIA.

Por lo tanto, en cuanto a las alegaciones y defensas en relación con el cargo 23.8:

- **La Compañía no acepta como infracción el hecho de haber empleado una metodología *no autorizada*, sino que acepta haber empleado una metodología distinta cuyo cambio sí había sido aceptado como un cambio que no constituía modificación de proyecto. Lo anterior ocurrió en virtud de pronunciamiento de la D.E. del SEA, pronunciamiento habilitante que CMN omitió informar en el Sistema de RCA de la SMA.**
- **Durante el año 2012, la Compañía actuó bajo la legítima confianza en que la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad de agua superficial, se encontraba amparada en el pronunciamiento otorgado por la autoridad competente.**
- **La metodología que fue objeto del pronunciamiento favorable del 7 de junio de 2012, consiste en el uso de percentiles (66%) sobre ventanas móviles de tiempo, a objeto de determinar excedencias ocurridas en dicho período, cuya consecuencia será activar o no planes de respuesta. Los niveles de alerta se calculan sobre los valores que indiquen los parámetros DAR, en comparación con los registros de línea base.**
- **Frente al comportamiento de alza de concentraciones que evidenciaba la calidad natural de las aguas superficiales (en forma constante desde antes del inicio de la ejecución del Proyecto), se tiene que los valores de línea base calculados al momento de la evaluación (2005) no resultaban representativos de la calidad natural del río, de modo que de la aplicación del sistema de alerta calculado sobre la base de dichos registros (2005) no resultarían indicadores eficaces de un eventual efecto de acidificación que pudiera ser atribuible al Proyecto. Así se informaron, nuevamente calculados hasta al año 2008, mediante presentación efectuada ante la CONAMA Atacama en diciembre de ese año.**

- Con posterioridad, se presentó la consulta de pertinencia tantas veces referida, que contiene una propuesta de adaptación metodológica que replica en lo general aquella que fue presentada a CONAMA el año 2008, pero que extiende la base de cálculo de los niveles hasta el momento inmediatamente anterior al inicio de la remoción de sobrecarga (el *pre-stripping*), por cuanto el sistema de alerta de calidad de aguas superficiales se relaciona única y exclusivamente con el potencial efecto acidificador proveniente del contacto de las aguas con el material removido y depositado en el Depósito de Estériles Nevada Norte. Por lo anterior, los niveles de alerta se calculan solo respecto de los parámetros DAR, los cuales están relacionados con la *operación del botadero*. La operación del botadero corresponde (según cronograma de las fases del Proyecto) al final de la fase de construcción, que comienza con el *pre stripping*.
- En relación con los potenciales efectos de daño ambiental o riesgo para la salud de la población que el fallo del Tribunal Ambiental solicita a la SMA considerar en la clasificación y ponderación de estos hechos, éstos serán abordados más adelante, de forma conjunta con los hechos incluidos en el numeral 23.9 de la Formulación de Cargos.

4.1.2 Alegaciones y defensas en relación con el cargo 23.9: los niveles de alerta se calculaban en base a la metodología que fue incluida en la pertinencia de ingreso que obtuvo un pronunciamiento favorable en junio de 2012, en base a dicho cálculo no se generaban excedencias.

CMN aceptó lo descrito en el hecho contenido en el numeral 23.9 de la Formulación de Cargos, de la misma manera en que aceptó los hechos a los que se refiere el cargo 23.8.

Esto es, se aceptó el hecho de no haber activado los planes de emergencia o preemergencia en el período considerado (diciembre 2012 y enero 2013), dado que tales planes se activan en función de las excedencias calculadas según los niveles de alerta de calidad de aguas, y en la época referida los niveles de alerta se calculaban en base a la metodología que fue incluida en la pertinencia de ingreso que obtuvo un pronunciamiento favorable en junio de 2012. En base a dicho cálculo, no se generaban excedencias que motivaran la activación de uno u otro plan tal como se analizó en el escrito de Evacúa Traslado²⁴. Se acepta el hecho sólo en cuanto a que el pronunciamiento favorable del SEA no fue debidamente informado en el Sistema de RCAs.

4.2 Alegaciones y defensas conjuntas en relación con los Cargos 23.8 y 23.9.

Por otra parte y tal como expresamos para los casos anteriores, la aceptación de los cargos no obsta a las alegaciones y defensas que se enuncian a continuación, de acuerdo a la prueba que ha sido rendida en este presente procedimiento sancionatorio.

²⁴ Al respecto ver páginas 67 a 78 de dicho escrito.

En efecto, como veremos, en primer lugar, los hechos descritos en los cargos 23.8 y 23.9 se encuentran íntimamente vinculados y encadenados en relación de causa a efecto de manera que no pueden ser considerados sino conjuntamente como incumplimiento de una misma medida; y en segundo lugar, ha sido acreditado en el procedimiento que no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de un eventual daño ambiental, un riesgo para la salud de la población o de mediar intencionalidad en la comisión de la infracción.

4.2.1 Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos en cuestión se encuentran íntimamente vinculados y encadenados en relación de causa a efecto de manera que se refieren al incumplimiento de una misma medida.

En el escrito de Evacúa Traslado se solicita agrupar ambos hechos infraccionales por cuanto constituirían desviaciones que se encuentran en relación de causa a efecto, esto es, la falta de activación del sistema de alerta de calidad superficial por empleo de una metodología distinta a la evaluada.

En relación con esta alegación, reiteramos lo afirmado en el Informe en Derecho elaborado por el Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez titulado “El principio “non bis in ídem” en el ámbito de las sanciones administrativas: contenido, alcances, efectos y aplicación en la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente”, cuyas conclusiones fueron citadas supra extractando también los considerandos de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental en el expediente Rol R-15-2015, Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente, en donde se ordena específicamente a la SMA enmendar la resolución reclamada, sancionando dos infracciones como una sola infracción, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 60 inciso 2° de la LOSMA.

Aplicando este criterio a los cargos 23.8 a 23.9, los supuestos de hecho que conforman dichas infracciones se refieren todos a incumplimientos de una misma medida – Plan de Alerta y Respuesta de Calidad de Aguas- que son descritos en los Considerandos 4.5.2 y 9.8 de la RCA 24/2006. En efecto, el respectivo Plan de Respuesta (pre-emergencia o emergencia) se activará en función de los niveles de alerta estacional calculados para cada parámetro. Resulta evidente que el cumplimiento de uno acarrea necesariamente el cumplimiento del otro, formando parte ambos de la misma medida general, por lo que deben ser abordados como un hecho único. Sancionarlos de manera separada importaría una vulneración al principio de non bis in ídem y con ello al artículo 60 de la LOSMA.

Tanto es así que, en la Res. Ex.D.S.C./P.S.A. N°00356 de fecha 25 de abril de 2016, que requiere información que indica a Compañía Minera Nevada SpA, en el Resuelvo I, literal d) se lee: *“d) en relación a los cargos detallados en los numerales 23.8 y 23.9 del Ordinario U.I.P.S. N°58, ya individualizado, se requiere que CMN SpA indique los costos asociados a la implementación en tiempo y forma del Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, en los términos fijados por la RCA N°24/2006”* (Lo subrayado es nuestro.) Por medio de esta resolución, la SMA solicita los antecedentes mencionados, agrupando ambos hechos bajo un mismo requerimiento de información,

de lo que se desprende que la SMA también interpreta que los hechos 23.8 y 23.9 no se entienden separadamente.

4.2.2 En este procedimiento no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

No existen antecedentes que permitan concluir que la falta de activación del sistema de alerta de calidad de agua superficial generó daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población.

(i) Respecto de la eventual generación de daño ambiental irreparable (relacionado con la alteración de la calidad de las aguas), concluidas las obras se ha observado una tendencia sostenida a la disminución de las concentraciones. Por su parte, las afectaciones puntuales se debieron a un efecto no previsto.

Tal como se indicó en el escrito de Evacúa Traslado (ver página 77 de dicho escrito, conclusiones acerca del comportamiento de los parámetros DAR y página 81 respecto del comportamiento del parámetro turbidez):

- Las concentraciones para los parámetros DAR mostraban un aumento sostenido desde antes del inicio de la construcción del Proyecto (situación que motivó el proceso de revisión de la RCA ante el SEA Atacama en virtud de lo dispuesto por el artículo 25 quinquies Ley 19.300).
- Es efectivo que durante el proceso de construcción de las obras masivas de excavación del muro cortafugas, se generaron superaciones puntuales de ciertos parámetros de calidad de las aguas. Dicha situación fue puntual y temporal.
- Una vez concluidas dichas obras, se observa una tendencia sostenida a la disminución en las concentraciones hacia niveles similares a los existentes antes del inicio de la construcción. Ello evidencia que las obras de mitigación (principalmente el muro cortafugas y los sistemas de tratamiento) se encuentran funcionando adecuadamente.
- La afectación puntual de las calidades producto de la construcción del muro cortafugas (durante los años 2011 a 2012) se debió a un efecto no previsto, cuál fue el impacto ocasionado por el movimiento de tierra masivo debido precisamente a la construcción de la principal obra de mitigación del proyecto, al momento de la construcción de las obras de mitigación. Mal podría haberse activado un plan de emergencia que indicaba la detención de la descarga, cuando a) no existía ni había existido descarga alguna que detener; b) el plan de alerta está concebido para hacerse cargo de situaciones de eventual acidificación de las aguas que entren en contacto con el Botadero (botadero que no existía

cuando se estaba construyendo el muro), no con la alteración de las concentraciones producto del movimiento masivo de tierra.

(ii) Respecto de la generación de un daño ambiental irreparable relacionado con eventuales efectos en la agricultura los interesados no aportaron antecedentes alguno que permitiera acreditar ni la existencia de las infracciones tampoco la causalidad entre las conductas imputadas y los supuestos daños.

Los interesados que han comparecido en este proceso denuncian contaminación de las aguas y efectos en la agricultura, los que, según sus alegaciones, tendrían su causa directa en la actividad del Proyecto.

Sin embargo, **no consta que se hubiere aportado al expediente antecedente alguno que permita acreditar que las infracciones investigadas en este proceso causaron un daño irreparable a los cultivos**, en la forma que denuncian los diversos interesados (Comunidades del Valle del Huasco y Agrícolas Dos Hermanos Ltda. et al).

En primer lugar, en lo que se refiere a contaminación, apoyan sus denuncias en la información contenida en el ORD. N°426 de fecha 27 de junio de 2013, de la Dirección Regional de la DGA Atacama. Nos referiremos en detalle a este documento más adelante.

Por otro lado, respecto de la afectación de cultivos, en particular, según consta en escrito presentado el 25 de mayo de 2015, las Comunidades del Valle del Huasco alegan en su punto 8.2, la existencia de daños a la agricultura, en los cuales tendría responsabilidad mi representada. En dichos daños, encontraríamos la fisopatía denominada "Rajadura del Melón", que se produciría por cambios en la conductividad eléctrica generada por la turbiedad del agua, entre otras causas.

Ahora bien, las Comunidades del Valle de Huasco no acreditaron durante el proceso, el nexo causal entre la conducta y el daño alegado. Por el contrario, de la información aportada se concluye que los cambios en la conductividad eléctrica que pudiesen derivar de la turbiedad del agua (situación que, por lo demás, se presenta en mayor o menor medida durante cada período de deshielo), no son la única causa probable generadora de la rajadura del Melón. Ello se señala expresamente en documento denominado "*Efectos negativos de los cambios bruscos de la calidad físico-químico del agua para la agricultura campesina del valle del Huasco*", que fue acompañado por dicha parte en presentación del 25 de mayo de 2015. De este documento se desprende que la rajadura del melón se puede producir por diversos factores como, por ejemplo, cambios en la conductividad cerca de la maduración, sobre-maduración, exceso de hormono, inercia de riego, etc.

Este documento -que corresponde a una asesoría prestada por el ingeniero agrónomo Esteban Órdenes a productores de hortalizas del sector del Tránsito-, no permite concluir que la causa de la fisopatía mencionada sea la conductividad eléctrica. De hecho, de todas las demás causas posibles, el documento sólo desvirtúa parcialmente la fertilización nitrogenada.

Finalmente, no existen más antecedentes que los propios testimonios de las partes, que permitan acreditar que dicha situación se presentó únicamente durante el periodo de turbiedad del agua en el año 2013. De hecho, las imágenes acompañadas en los documentos acompañados por la Comunidad Valle de Huasco el 25 de mayo de 2015, no se encuentran fechadas ni georreferencias, por lo que no pueden constituir evidencia de sus dichos.

En relación con este punto, los otros intervinientes en este proceso, específicamente Agrícola Dos Hermanos Ltda. y Agrícola Santa Mónica Ltda., sólo efectúan alegaciones generales acerca de los efectos del proyecto (aguas contaminadas, perjuicios económicos causados a los agricultores, afectación de los predios agrícolas destinados a producción de uva de mesa), pero no indican de qué forma se pudo haber generado dicho efecto, así como tampoco lo cuantifican ni aportan antecedentes que permitan acreditar un nexo causal indubitado entre las infracciones investigadas en este proceso y el daño denunciado. Sólo se presentan fotografías que muestran mayor grado de turbidez proveniente desde el río Chollay en comparación con otro afluente, pero –tal como fue acreditado mediante la información proporcionada por esta parte en el escrito de Evacúa Traslado- los episodios de mayor turbiedad en el río se presentan usualmente durante los meses de deshielo, lo que ocurre y se encuentra registrado desde antes de que comenzaran las actividades de construcción del proyecto.

(iii) Respecto a la generación de riesgo para la salud de la población, no existen antecedentes en este proceso que permitan asegurar que los hechos descritos en los cargos 23.8 y 23.9 ocasionaron un riesgo para la salud de la población. Para efectos de orden, nos referiremos a esta circunstancia más adelante, con ocasión de los antecedentes generados tras la incorporación de esta circunstancia como uno de los puntos de prueba en la Resolución 1191.

4.3 Antecedentes que obran en el proceso que acreditan las alegaciones y defensas invocadas por CMN, en relación con los hechos descritos en los numerales 23.8 y 23.9.

- a) Acta de Reunión Ordinaria Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama, del 3 de diciembre de 2008, que fue acompañada en el Anexo C N°2 del Evacúa Traslado. Este documento acredita que CMN con esa fecha presentó ante la COREMA la propuesta de metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de agua superficial, con una propuesta de metodología que consideraba registros de calidad de agua hasta el año 2008.
- b) Considerando Septuagésimo Noveno del Fallo del Tribunal Ambiental, que señala “Que, en cuanto a la alegación realizada por los reclamantes sobre la utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utilizaría niveles más permisivos que los contemplados en la RCA, este Tribunal confirmó que consta en el expediente que dicha propuesta de la Compañía, si bien fue rechazada originalmente por el Director Regional del SEA de Atacama (Carta D.R. N°225 del 13 de marzo de 2012 (...), posteriormente el

Director Ejecutivo del SEA (s) –conociendo de una “reconsideración”- la eximió de ingresar al SEIA por no considerarla una actividad que importara un cambio significativo al proyecto en Carta D.E. N°120941, del 7 de junio de 2012 (...)

Ahora bien, el Tribunal, reconociendo la existencia y validez de dicho pronunciamiento sobre la pertinencia de ingreso, interpreta –erróneamente- que dicho cambio metodológico fue presentado para ser efectivo solo a partir de la fase de operación del Proyecto, por lo que durante la fase de Construcción, sería aplicable la metodología de la RCA.

Tal interpretación se encuentra absolutamente equivocada, como veremos a continuación:

El sistema de alerta (que implica el cálculo de los niveles de alerta y los planes de respuesta) se encuentran asociados y sólo se entienden en función del principal impacto que fue evaluado en relación con este componente, cual es el potencial de acidificación de aguas por efecto de lixiviación de minerales tras la depositación de estériles en el Botadero Nevada Norte. La depositación de estériles es una actividad del proyecto que se desarrolla efectivamente durante la fase de Operación; no obstante, el botadero comienza a operar al iniciarse el pre-stripping, actividad que se superpone (sólo para efectos de cronograma) con otras actividades que se ejecutan durante la fase de Construcción. Por lo anterior, el pre-stripping se ejecuta parcialmente durante la fase de Construcción, ya que es una actividad contemporánea con otras propiamente constructivas; no obstante, importa el inicio de la operación del Botadero. Ergo, la adaptación metodológica sí es aplicable durante la fase de Construcción, en tanto es aplicable al sistema de alerta de calidad de aguas, cuya exigibilidad comienza con la operación del Botadero (operación particular que se inicia durante la fase de Construcción general).

Por otro lado, la interpretación del Tribunal pugna con reglas de la lógica. En efecto, si dicha interpretación fuera la correcta, entonces se presentarían las siguientes consecuencias:

- Ya que la adaptación metodológica importa (según se indica en la referida Carta 120941) extender la base de cálculo de los niveles de alerta a registros de calidad natural de agua hasta abril de 2012, entonces, según el Tribunal, el Proyecto tendría DOS LÍNEAS DE BASE aplicables para este componente: una para la fase de Construcción (donde sería aplicable la línea de base de 2005) y otra para una vez iniciada la fase de operación, que sería la línea base 2012. Tal situación no sería posible.
- Por otro lado, el cálculo de los niveles de alerta no es un compromiso en sí mismo, sino que es parte del sistema de alerta temprana de calidad de aguas del proyecto. Por lo anterior, el cálculo de los niveles de alerta se hace **para algo**, esto es, para activar o desactivar los planes de respuesta, sean de pre-emergencia o de emergencia. Y la activación de dichos planes implica la adopción de medidas, siendo la principal, la detención de la descarga desde

la Planta de tratamiento. Si los planes de alerta se hubieran concebido para la fase de construcción, entonces se daría el sinsentido de que se habría incluido una medida absolutamente inútil: ¿cómo voy a activar el sistema de tratamiento antes de que, según cronograma, me fuera exigible siquiera contar con dicho sistema?

Por lo expuesto, queda demostrado que:

- 1) *la adaptación metodológica de los niveles de alerta se encontraba amparada por un instrumento válido, cuya existencia y contenido son reconocidos incluso en el Fallo del Tribunal Ambiental; y*
 - 2) *dicha adaptación metodológica sí era aplicable durante la fase de Construcción en tanto era aplicable una vez iniciada la Operación del Botadero, actividad que comienza al final –según cronograma- de la Fase de Construcción general del Proyecto.*
- c) ORD N°182 de la Dirección General de Aguas, de fecha 19 de agosto de 2008 (acompañado en Anexo C N°2 de escrito de Evacúa Traslado), manifiesta su conformidad respecto a la metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de agua superficial del Proyecto previo a su presentación a la CONAMA/COREMA. Dicha propuesta ya consideraba el cálculo sobre una línea base con registros extendidos hasta el año 2008. Este documento acredita el hecho de que la necesidad de adaptar la propuesta metodológica (adaptación que principalmente consistía en extender los registros de línea de base del componente calidad de agua superficial), estaba siendo discutida y validada con la autoridad sectorial competente.
- d) ORD. N°135 de la Dirección General de Aguas, del 17 de febrero de 2012 (Anexo C, N°4 del escrito Evacúa Traslado) dirigido a la Dirección Regional del SEA Atacama, que acompaña copia íntegra del pronunciamiento del Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos de la DGA. Este documento acredita la opinión conforme del órgano sectorial competente con la propuesta de cambio metodológico planteada por CMN en la consulta de pertinencia.
- e) Carta N°120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA, de fecha 7 de junio de 2012 (Anexo C, N°5 de escrito Evacúa Traslado), que acoge parcialmente la solicitud de reconsideración de pronunciamiento sobre consulta de pertinencia, estimando que de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista se concluía que el cambio en la modificación de la metodología (cambio que implicaba que la base de cálculo para determinar los niveles de alerta emplearía registros de calidad de agua superficial hasta el mes de abril de 2012), no constituía un cambio de consideración por lo que no se encontraba obligado a ingresar al SEIA.

Los documentos indicados del N°1 al N°5 permiten acreditar que, al momento de la ocurrencia de los hechos constitutivos de infracción (diciembre 2012 a enero 2013), CMN calculaba los niveles de alerta de acuerdo a una metodología de

cálculo cuya modificación había sido informada y consultada a la autoridad ambiental, quien se había pronunciado favorablemente respecto de ella.

- f) Documentos del proceso de revisión de la RCA 24/2006, específicamente (i) Res. Ex. N°266 de la CEA de la Región de Atacama, de 9 de diciembre de 2013, que dispone iniciar proceso de revisión según lo dispuesto en Art. 25 quinquies de la Ley 19.300; (ii) ORD. N°278 del Ministerio de Medio Ambiente, de 29 de mayo de 2014 que concluye que existen antecedentes suficientes para proceder a la revisión de la RCA 24/2006 para adoptar medidas necesarias frente a comportamiento de la variable calidad del agua superficial del Río del Estrecho; (iii) ORD N°335 DGA Atacama, de 9 de mayo de 2014, manifiesta conformidad sobre la ampliación de los registros de la línea base de la componente ambiental hidroquímica. Todos estos documentos fueron acompañados bajo el Anexo C, N°s 6, 7 y 8 del escrito de Evacúa Traslado.
- g) Información sobre comportamiento de los parámetros DAR más turbidez incluida en escrito Evacúa Traslado. En particular, nos remitimos a la información gráfica y a su respectivo análisis que se detalla en las páginas 66 a 81 inclusive de dicho escrito, que contiene el “Análisis de las conclusiones del Tribunal Ambiental en relación con la afectación de recursos hídricos” (acápito 2.1.2), específicamente el literal b) “SEGUNDA CONCLUSIÓN: Existen indicios que obras y actividades ejecutadas durante la fase de construcción habrían alterado la calidad de las aguas superficiales”. Como se indica en las conclusiones que en dicho documento se incluyen:
- Para el año 2012, los parámetros DAR comparados contra la data de la línea base ampliada hasta abril de 2012, no evidencian un comportamiento anómalo con excedencias que hubieran permitido gatillar los niveles de alerta y con esto, la activación de los planes de respuesta. El Titular actuó bajo la legítima confianza de que se encontraba amparado bajo el pronunciamiento de la Dirección Ejecutiva del SEA contenido en la Carta 120941 de 7 de junio de 2012.
 - Frente a los nuevos antecedentes que derivaron en el proceso de revisión de la RCA 24 respecto de la variable de calidad del agua, no resulta pertinente que el comportamiento de los parámetros DAR previo al inicio del pre-stripping y con posterioridad al inicio de la fase de construcción en octubre de 2009, se evalúe en comparación con la línea de base fijada para el año 2005.
 - En razón de lo anterior, debemos entonces emplear la línea de base que resulta de la información recopilada hasta antes del inicio de la fase de construcción (2009) para contrastarla con el comportamiento de los parámetros DAR, respecto de las obras y actividades ejecutadas desde el comienzo de dicha fase hasta el inicio de la actividad de pre-stripping.

- Respecto de las conclusiones arriba indicadas, el Proyecto no establecía para el titular ninguna obligación de activación de medidas ni actividades, por cuanto las obras destinadas a la mitigación de estos efectos (sistema de manejo de aguas) así como las actividades operacionales diseñadas para dicho fin (sistema de alerta de calidad de agua), estaban concebidas para la última etapa de la fase de construcción en adelante (pre-stripping y posterior Operación). Ni la RCA ni el proceso de evaluación ambiental contemplan obras o medidas para hacerse cargo de los eventuales impactos o efectos que la construcción o la implementación de las obras y medidas del sistema de manejo de aguas pudiera generar. De este modo, para el período comprendido entre el inicio de la fase de construcción en octubre de 2009 y el inicio de la depositación de material de sobrecarga en el depósito Nevada Norte en mayo de 2012, la superación de las concentraciones comparadas con la línea de base de calidad de las aguas (sea 2005 o 2009) para cualquiera de los parámetros DAR, constituyó –en el peor escenario- un efecto no previsto.
 - Ahora bien, y sin perjuicio de la calificación que se le quiera dar a la superación de ciertos parámetros DAR para algunos períodos de tiempo, la evidencia muestra que dichos efectos se encuentran acotados tanto desde el punto de vista espacial (respecto de tramos) como temporal.
 - A mayor abundamiento, la superación de algunos parámetros DAR –de la forma acotada en el tiempo y espacio que se desprende de la información mostrada en los gráficos que se incluyen entre las páginas 69 a 76 inclusive del Evacúa Traslado- no se configura un escenario de daño ambiental –contaminación- irreversible.
 - Por otro lado, en relación con la información que se grafica entre las páginas 79 a 81 del Evacúa Traslado, podemos concluir, con respecto del parámetro turbidez o turbiedad, que el aumento de este indicador en el río Estrecho y Chollay evidencia un comportamiento similar para la época de deshielo desde antes del inicio de las actividades de construcción del Proyecto Pascua Lama. Sin perjuicio de lo anterior, aún en aquellos casos en que los valores de turbidez aumentarían respecto de los valores de línea base medidos en el punto NE-8, lo cierto es que la turbidez promedio anual no supera el valor normado según la NCh 409.
- h) Documento denominado “Comentarios a Minuta Técnica de Evaluación de Riesgos de Salud en el Marco del Proceso Sancionatorio A-002-2013 – Análisis sobre los riesgos a la salud por ingesta del agua del río Del Estrecho – Proyecto Pascua Lama”, elaborado en el mes de abril de 2016, por la Dra. Soledad Ubilla F. y el Dr. Claudio Vargas R., profesionales expertos en salud pública (lo cual se acredita con sus completos currículums que se adjuntan al documento), de la empresa GAC Consultores Ambientales, en adelante también “comentarios a

Minuta Técnica". Dicho documento fue acompañado mediante Carta PL-048 de fecha 15 de abril de 2016.

Ya que este documento se relaciona con la Minuta Técnica DFZ elaborada por la División de Fiscalización de la SMA, se tratan ambos antecedentes de forma conjunta en el siguiente acápite.

4.4 Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas.

Entre los antecedentes agregados por la SMA en relación con los hechos infraccionales que se analizan en el presente capítulo se encuentran **(a)** el ORD. N°426, de 27 de junio de 2013, de la DGA Atacama, que "*Complementa antecedentes informados mediante Ord. D.G.A. Atacama N°69/2013, sobre autodenuncia interpuesta por Compañía Minera Nevada SpA*", documento que, como veremos enseguida permite observar una serie de conclusiones relevantes entre ellas, que el efecto en la calidad de las aguas fue puntual, acotado y ha demostrado recuperación y **(b)** en relación con el punto de prueba N° 3 fijado por la Resolución 1191, el análisis de la Minuta Técnica DFZ y la forma en que se acredita la falta de antecedentes que permitan afirmar que se generó riesgo para la salud de la población como consecuencia de la falta de activación del sistema de alerta de calidad de agua superficial por empleo de una metodología distinta a la evaluada.

4.4.1 La lectura del ORD. 426 DGA Atacama, deja en evidencia una serie de conclusiones extraordinariamente importantes para este procedimiento sancionatorio, entre ellas, que el efecto en la calidad de las aguas fue puntual, acotado y ha demostrado recuperación.

El análisis de algunos de los párrafos del ORD 426 DGA Atacama²⁵ permite concluir que:

²⁵ "6. (...) los niveles de alerta a que se refiere el numeral 5 anterior fueron presentados por el Titular del proyecto a la COREMA Atacama, lo cual consta en Acta de esa Comisión, de fecha 10 de diciembre de 2008.

"7. Así, los Niveles de Alerta de Calidad de Agua basado en la metodología del cálculo de percentil 66% establecida en la respectiva RCA, corresponde a los mostrados a continuación en la TABLA N°1: [Se incluye Tabla con valores, según lo informado en Acta COREMA Atacama, 10 de diciembre 2008] (...)"

"8. Asimismo, en el Considerando 9.9 de la misma RCA se establece que, las características de activación del plan de monitoreo para situaciones de pre-emergencia y emergencia deberán ser las siguientes (...)

"9. En relación con los niveles de alerta de calidad de agua asociados al proyecto en cuestión, cabe hacer notar que, en respuesta a la solicitud de pertinencia de ingreso al SEIA presentada por el Titular, respecto de una modificación en la metodología de cálculo asociada a dichos niveles, el Servicio de Evaluación Ambiental mediante su Ord. N°255 de 13 de marzo de 2012, informó a la empresa que la modificación propuesta debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

"10. En razón de lo expresado (...), este Servicio entiende que los Niveles de Alerta de Calidad de Aguas vigentes y autorizados son los elaborados en base a la información presentada durante el respectivo proceso de evaluación ambiental del proyecto de marras, y que a la fecha, la modificación a la que se refiere el numeral 9) anterior carece de validez legal por parte de esta Dirección.

"(...)

"16. Respecto de los antecedentes sobre la calidad de aguas superficiales asociados al área de influencia del señalado proyecto, en el Anexo 1° (...) se muestra una cartografía que ilustra la distribución de puntos sobre los cuales se disponen registros de valores de parámetros vinculados a la ocurrencia del fenómeno de DAM [drenaje ácido de mina] en el área de influencia del proyecto en comento y que han sido analizados para efectos de emitir el presente pronunciamiento.

"(...)

"18. Sobre los resultados de los análisis químicos obtenidos en la visita de terreno [de 30 de enero de 2013] (...) y su correlación con registros de calidad de aguas superficiales disponibles en el área de estudio, es posible señalar lo siguiente:

a) La DGA realiza todas sus comparaciones en base a los datos y metodología que establece la RCA 24/2006, por cuanto no conocía²⁶ el cambio metodológico que fue objeto del pronunciamiento de la Carta 120941 de 7 de junio de 2012.

b) Sabemos que CMN efectuó el manejo de las aguas de contacto (CCR) en razón de la metodología modificada, en el entendido que se encontraba legítimamente amparada en dicho pronunciamiento de la D.E. del SEA. De haberse comparado los datos con la nueva metodología, se habría tenido una correspondencia entre los valores de niveles de alerta así calculados y la calidad del agua medida en los diversos puntos del río. Lo anterior explica la no activación de los planes de respuesta (pre-emergencia o emergencia).

c) La DGA aplica dichos niveles de alerta en puntos distintos a los que fueron considerados en el proceso de evaluación: por ejemplo, los niveles calculados para el punto NE-8 los emplea para calcular niveles en el punto NE-9, suponiendo que son representativos, en circunstancias de que no lo son.

d) La DGA destaca niveles por sobre la norma NCh 409 en algunos parámetros sin hacer ver, como correspondía, que en su condición natural el río ya experimentaba ese tipo de excedencias. La autoridad atribuye esos efectos al Proyecto, en circunstancia que claramente no podía hacerlo, al obviar la mineralización natural de estas aguas, que exceden los niveles de alerta de forma natural en diversos puntos y desde antes del inicio de ejecución del Proyecto.²⁷

"a) (...) los indicadores de DAM asociados a las aguas almacenadas en la denominada Piscina de almacenamiento N°1 presentan valores por debajo de la calidad umbral de verano asociada al punto NE-5 (...)

"b) (...) habiendo tomado una muestra puntual de las aguas presentes en la denominada Cámara de Restitución (...) se observa que los indicadores de DAM evidencian valores de concentración de microelementos como Al y Mn por debajo de los límites de calidad definidos [según metodología y línea base establecida en la RCA] para el punto NE-5 lo cual también se observa para los parámetros físico-químicos de pH y conductividad Eléctrica. Sin embargo, los valores de As, Cu, Fe y Zn muestran una superación en sus concentraciones respecto del umbral establecida para el punto NE-5 [esto es, según metodología y línea de base establecida en RCA]. (...) (...)

"Así las cosas, y a modo de síntesis, es posible indicar que, atendida la información de calidad de aguas superficiales en el área de influencia del proyecto minero Pascua Lama, el evento de colapso del sistema de manejo de aguas habilitado en la cabecera de la subcuenca del río El Estrecho a que se refiere la autodenuncia en cuestión, generó una alteración negativa en la calidad de las aguas superficiales generadas en esa zona, cuyo incidente activó la adopción de acciones de control por parte del Titular, como lo fue la desviación de las aguas presentes en el área de aguas de contacto hacia las piscinas de acumulación habilitadas en la faena minera.

"Visto este suceso, y a su vez, del análisis integral y panorámico de los registros de calidad de las aguas superficiales del Río Chollay, el que recibe los escurrimientos drenados desde las nacientes de la subcuenca del Río del Estrecho, es posible evidenciar que existen indicios de la ocurrencia inducida del fenómeno de DAM con motivo de la ejecución del proyecto de marras, lo que se traduce puntualmente en altas concentraciones en la mayoría de los indicadores de DAM definidos en la correspondiente RCA, cuya perturbación se observa con claridad durante el período d verano de los años 2011, 2012, 2013, lo cual es coincidente con la ejecución de labores mineras desarrolladas por la empresa COMPAÑÍA MINERA NEVADA SpA (principalmente, labores de excavación y movimiento de material) las que debido a las adversas condiciones climáticas que imperan en la alta cordillera durante la época invernal, obligan a concentrar su ejecución en el período estival, temporada caracterizada por un aumento de los caudales en los ríos de la zona, propio por cierto de una cuenca con régimen nival, definiendo así, un escenario que favorece los procesos de lavado y arrastre de material en las zonas alteradas." (destacado nuestro)

²⁶ Su falta de conocimiento es respecto de información oficial, no obstante, este servicio sí participó del proceso de consulta de pertinencia y se pronunció de manera favorable tal como consta de ORD N°135 de la DGA de fecha 17 de febrero de 2012, que fue acompañado en el Anexo C N°4 del Evacúa Traslado.

²⁷ La misma Minuta Técnica DFZ también destaca entre sus conclusiones el hecho de que el río presenta calidades naturales que exceden valores de norma desde antes del inicio de la ejecución del Proyecto.

e) Según la DGA, los fenómenos de alteración en la calidad de las aguas se dan en los períodos de verano de los años 2011, 2012 y 2013. En dicho sentido, es coincidente su conclusión con el análisis efectuado por esta parte, en cuanto a que el movimiento masivo de tierra producto de la construcción de las grandes obras, generó un efecto puntual y acotado en la calidad de las aguas.

f) En cuanto a los eventos de fines de 2012 y principios del 2013 (que constituyen el período que abarca el presente proceso de sanción), la DGA deja constancia que la compañía adoptó medidas de control.

De esta forma:

El informe de la DGA, en cuanto a la eventual generación de un efecto sobre la calidad de las aguas que permitiera agravar la infracción, solo se refiere a los cargos 23.8 y 23.9

El informe de la DGA se realiza sobre la base de cálculo de los niveles de alerta según la metodología establecida en la RCA, dado que contaba con la información oficial proporcionada por el SEA. De hecho, aun cuando la DGA se había pronunciado de manera favorable al cambio de metodología durante la tramitación de dicha solicitud de pertinencia²⁸, este Servicio no podía aplicar dicha modificación si ésta no constaba oficialmente (por cuanto, tal como se señala por CMN en su Contestación, la pertinencia no había sido aún cargada en el Sistema de RCAs²⁹).

El efecto en la calidad de las aguas fue puntual, acotado y ha demostrado recuperación.

4.4.2 En relación con el punto de prueba N° 3 fijado por la Resolución 1191, y la Minuta Técnica DFZ ha sido probado que no existen antecedentes que permitan afirmar que se generó riesgo para la salud de la población como consecuencia de la falta de activación del sistema de alerta de calidad de agua superficial por empleo de una metodología distinta a la evaluada.

En el Resuelvo III N°4 de la Resolución 1191 se solicita a la División de Fiscalización de la SMA que realice una evaluación de riesgo a la salud de la población, para determinar la aplicación del literal b) del artículo 40 de la LOSMA. Sin perjuicio de que dicho informe fue requerido para determinar la aplicación de dichas circunstancias, de toda formas lo abordaremos acá, por cuanto previo a determinar el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, es preciso en primer lugar determinar mediante los antecedentes que obran en el proceso, si existió riesgo para la salud de la población y, en la afirmativa, se debe establecer fehacientemente el nexo causal que existe entre la situación de riesgo y los hechos u omisiones constitutivos de infracción que se investigan en este proceso de sanción.

²⁸ Ver documentos presentados en Anexo C N° 4 de escrito de Evacúa Traslado, ORD 135 DGA Atacama, 17 de febrero de 2012, que acompaña pronunciamiento del Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos, favorable a la propuesta metodológica incluida en la consulta de pertinencia.

²⁹ Hoy la Carta N°120941 sí se encuentra subida a dicho terminal de información.

Con fecha 30 de marzo de 2016, la División de Fiscalización de la SMA, mediante Memo 125, cumpliendo con lo encargado, remite a la División de Sanción la “Minuta Técnica DFZ “Evaluación de riesgos a la salud de la población en el marco del procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013.”

Ahora bien, aun cuando el punto de prueba N°3 de la Resolución 1191 redacta la circunstancia de manera genérica, esto es, que el riesgo para la salud de la población se relacione en general con las infracciones al Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y No Contacto, la DFZ circunscribe el análisis a la infracción del 23.9 de la Formulación de Cargo, esto es, a la falta de activación de los planes de respuesta del sistema de alerta.

En síntesis, si bien la Minuta Técnica DFZ/SMA contiene un diseño adecuado para abordar la temática, así como también una correcta caracterización del área de estudio, en ella se incurre en errores metodológicos, los cuales afectan sus conclusiones y por tanto impiden realizar una correcta evaluación del riesgo.

Sin perjuicio de lo anterior, existen otras situaciones que afectan el valor de la Minuta Técnica DFZ como una herramienta adecuada para evaluar el riesgo real, así como también para determinar si –en el evento de concluirse que exista riesgo- éste pueda ser atribuible a una u otra causa. Dichas circunstancias se resumen en las siguientes (las que fueron incluso relevadas por el propio instrumento, señalando sus debilidades):

- Se caracteriza la exposición para una población humana asumiendo que ésta consume agua a razón de 2 litros diarios para los adultos, directamente y exclusivamente del río, a la altura del punto de monitoreo NE-8. Esta situación es un escenario hipotético que ha sido elaborado en razón de la información proporcionada en el año 2005 en el EIA (usando información censal del año 2002), pero ha quedado demostrado que la población del área de Chollay no consume el agua en dichas condiciones ni en dicho lugar, sino que son abastecidos mediante sistemas de Agua Potable Rural (esto es, agua de pozo) y/o mediante camiones aljibes. Ello queda claramente acreditado de la información proporcionada por la propia DFZ en su Minuta Técnica DFZ, así como en los datos aportados en el informe Comentarios a Minuta Técnica elaborado por los expertos Dra. Soledad Ubilla y Dr. Claudio Vargas, acompañado por esta parte. Adicionalmente, la información se precisa aún más gracias a lo señalado en el Ord. N°0368, de la I. Municipalidad de Alto del Carmen, de fecha 27 de abril de 2016, acompañado por esta parte mediante Carta PL-060/2016 de 17 de mayo de 2016. En dicho oficio se señala que aquellas personas de la localidad de Chollay que se encuentran fuera del radio del Sistema de Agua Potable Rural (esto es, a una distancia entre 500 mts a 1,5 kilómetros), y que corresponden a aproximadamente 7 familias, son abastecidas de agua potable mediante camión aljibe municipal.
- En segundo lugar, la información analizada por esta Minuta Técnica DFZ incluye datos recabados con anterioridad a la ejecución del proyecto, de acuerdo a los que se concluye que la cuenca del río Del Estrecho-Chollay ya mostraba características de alta presencia de metales.

- Finalmente, señala la propia Minuta Técnica DFZ que la metodología no está diseñada para identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo que pudieran identificarse y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por tanto *impide confirmar o descartar que el proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel riesgo pre-existente en el territorio.*
- A mayor abundamiento, el informe de expertos Comentarios a Minuta Técnica que se acompañó por esta parte, analiza en detalle los errores metodológicos en los que incurre la referida Minuta Técnica DFZ, de modo tal que concluye que la evaluación de riesgos que contiene no cuantifica correctamente tales riesgos.

En cuanto a los demás aspectos que se abordan tanto en la Minuta como en el referido informe, damos por reproducido íntegramente en este acto lo señalado en la Carta PL-048, así como también los comentarios y análisis técnicos que se incluyen en el informe elaborado por los profesionales expertos de la empresa GAC Consultores.

En conclusión, en virtud de los antecedentes y conclusiones que se señalan en la Minuta Técnica DFZ así como aquellos que se incluyen en el informe Comentarios a Minuta Técnica, podemos concluir que *no existen antecedentes que permitan señalar fehacientemente que se generó riesgo para la salud de la población como consecuencia de las infracciones contenidas en la Formulación de Cargos. En particular, podemos concluir que no existen antecedentes que permitan afirmar que se generó riesgo para la salud de la población como consecuencia de la falta de activación del sistema de alerta de calidad de agua superficial por empleo de una metodología distinta a la evaluada (cargos 23.8 y 23.9).*

4.5 De la aplicación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Analizamos a continuación como (a) el análisis del número de personas afectadas demuestra la imposibilidad de concluir la generación de riesgos para la salud de la población derivado de la ingesta directa del agua del río del Estrecho; y (b) el hecho de que CMN se encontrara actuando bajo la legítima confianza que le proporcionaba el encontrarse amparada por el pronunciamiento favorable de la Dirección Ejecutiva del SEA deja en evidencia la falta de intencionalidad.

4.5.1 El análisis del número de personas afectadas demuestra la imposibilidad de concluir la generación de riesgos para la salud de la población derivado de la ingesta directa del agua del río del Estrecho.

Tanto en la Minuta Técnica DFZ como en el informe Comentarios a Minuta Técnica, se deja claramente establecido que la evaluación se realiza sobre un escenario hipotético que no corresponde a la realidad: esto es, que todas las personas expuestas son aquellas que ingieren al menos 2 litros diario de agua directamente desde el río a la altura del punto NE-8.

Se aportaron antecedentes en ambos documentos en cuanto a que las personas que habitan la localidad de Chollay (donde se encuentra ubicado el punto NE-8), consumen agua potable desde los Sistemas de Agua Potable Rural (cuya fuente es agua de pozo, no agua superficial del río, la que además es potabilizada).

Los antecedentes proporcionados en ambos documentos mencionan un universo de alrededor de 250 personas que se ubican en la localidad (ambos documentos difieren en la cifra exacta), pero coinciden en que existe un abastecimiento mayoritario por medio de APR.

Para efectos de precisar dicha información, esta parte solicitó a la I Municipalidad de Alto del Carmen información acerca del abastecimiento de agua potable de las personas que habitan (permanente o transitoriamente) la localidad de Chollay, información que fue otorgada mediante Ord. N°0368, de la I. Municipalidad de Alto del Carmen, de fecha 27 de abril de 2016, acompañado por esta parte mediante Carta PL-060/2016. En dicho oficio se señala que aquellas personas de la localidad de Chollay que se encuentran fuera del radio del Sistema de Agua Potable Rural (esto es, a una distancia entre 500 mts a 1,5 kilómetros), y que corresponden a aproximadamente 7 familias, son abastecidas de agua potable mediante camión aljibe municipal.

Ahora bien, de acuerdo con los antecedentes que se entregan en el referido informe Comentarios a Minuta Técnica, sumado a los errores metodológicos de que adolece la Minuta Técnica DFZ más las debilidades y limitaciones que dicha Minuta admite – no es posible concluir la generación de riesgos para la salud de la población derivado de la ingesta directa del agua del río del Estrecho, así como tampoco se puede establecer un nexo causal entre un eventual riesgo (que descartamos) y las infracciones abordadas en este acápite. No obstante y en todo caso, debe tenerse presente la información acompañada para efectos de la determinación de la circunstancia del literal b) del artículo 40 de la LOSMA.

4.5.2 El hecho de que CMN se encontrara actuando bajo la legítima confianza que le proporcionaba el encontrarse amparada por el pronunciamiento favorable de la Dirección Ejecutiva del SEA deja en evidencia la falta de intencionalidad.

En lo que respecta específicamente a los hechos incluidos en los numerales 23.8 y 23.9 de la Formulación de Cargos, y sin perjuicio de la aplicación o no aplicación de estas circunstancias en general, nos referiremos acá específicamente a la circunstancia establecida en el literal d) del artículo 40 LOSMA.

Las circunstancias de “intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma” se refieren a la subjetividad del posible infractor, que en caso alguno concurre respecto de la falta de activación del sistema de alerta por aplicación de otra metodología de cálculo de los niveles de alerta.

La intencionalidad debe entenderse como el dolo o voluntad deliberada, que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. En dicho sentido,

no se ha producido ningún antecedente que permita concluir que por parte de CMN haya existido una voluntad específica, consciente y voluntaria de infringir las exigencias cuyo incumplimiento se imputa en los Cargos N°23,8 y 23.9.

En dicho sentido, los antecedentes que obran en el proceso permiten arribar a la conclusión contraria: que la falta de activación del sistema de alerta se debió a que, durante el período de infracción, CMN se encontraba actuando bajo la legítima confianza que le proporcionaba el encontrarse amparada por el pronunciamiento favorable de la DE del SEA.

Lo anterior se desprende indudablemente de los antecedentes que se indican en el párrafo 4.4 precedente.

Adicionalmente, citamos el siguiente testimonio de don Manuel Tejos, específicamente respondiendo a las preguntas re-formuladas bajo el N°9 (páginas 26 y 27 de la transcripción)³⁰:

"P: a) Ud. comentó dentro de sus labores que participaba también en permisos, dentro de ese rol Ud. estuvo en conocimiento de las pertinencias que se presentaron en relación a la metodología de cálculos.

Respuesta: "Sí, yo estaba a cargo."

"P: b) Y por qué se piensa en una nueva metodología, en relación a lo que estaba contemplado en la evaluación ambiental.

Respuesta: "Es súper relevante, tal vez explicarlo porque en el expediente a lo mejor no quedó muy claro. El trabajo respecto a la metodología de cálculo de los niveles de alerta es un trabajo que Pascua Lama parte al año siguiente de haber obtenido la RCA, estamos hablando 2007, con la DGA Nacional, entendiéndose justamente que, al no haber años de período del Niño, existían isoconcentraciones de los metales en forma natural y el proyecto que parte la construcción en octubre de 2009, antes de iniciar cualquier obra, no se cumplía con los parámetros de calidad producto de este efecto y así lo entendía la DGA y se trabajó durante muchos años con la DGA, primero nacional, en entender cuál era la mejor metodología de cálculo de los niveles de alerta, dado que la aprobada ambientalmente no permitía dirimir si los efectos de calidad del agua son producto del proyecto o naturales.

"P: c) Qué se requiere para tener una metodología más acabada, en términos de datos, se requieren más datos para tener una metodología más acertada.

Respuesta: "Lo que buscaba este trabajo, en realidad en qué se centró este trabajo con la DGA nacional, después la regional, esto se expuso en la COREMA de la III Región, lo que buscaba era poder determinar en una primera instancia, cuál eran los efectos de la condición natural de las calidades del río, entendiéndose que estamos en una zona con altos contenidos de metales y cuáles eran las condiciones que podían atribuirse al proyecto.

Y respecto al permiso, fueron muchos años los que se conversaron con la DGA nacional, DGA regional, se presentó ante la COREMA de la III Región y luego esto se ingresó vía una pertinencia de ingreso, no recuerdo si era CONAMA o SEA en esa altura de III Región, emitió informes la DGA (...)" El testigo se refiere luego al hecho de que, en la instancia regional, la consulta de pertinencia obtuvo en principio un pronunciamiento desfavorable de parte de la Dirección Regional del SEA Atacama, para luego referirse a los resultados de la reconsideración solicitada ante la Dirección Ejecutiva del SEA. En dicho sentido, continúa: "(...) se vino a Santiago, se conversó con el SEA el [sic] nuevo, se le presentó este recurso y en un período nuevamente de revisión de la metodología de cálculo de los niveles de alerta se obtuvo un pronunciamiento del SEA, mencionando que esa nueva metodología de cálculo de niveles de alerta de calidades de agua no era un cambio de consideración."

³⁰ Según transcripción anexa a Res. Ex. N°00355 de 25 de abril de 2016.

Continuando con la declaración (que creemos relevante transcribir acá lo más completa posible), se señala:

“P: f) (...) Considerando que es una zona naturalmente ácida y considerando que (...) tenemos prestripping que puede generar drenaje ácido (...), en relación a esos dos efectos acumulativos, a su juicio ¿el cronograma de obras tal como fue diseñado, le parece correcto, le parece suficiente, le parece que podía dar correcto tratamiento al SMAC?

Respuesta: “(...) No voy a hacer un juicio respecto a eso, lo que sí puedo mencionar es que las obras que estaban construidas en el SMAC permitían hacerse cargo del objeto de protección ambiental, que son las calidades de las aguas, al tener construidas estas dos piscinas de almacenamiento de 200.000 m³ y tener todo el sistema de captación, muralla cortafuga, etc.”

4.5.3 CMN ha demostrado una conducta posterior positiva asociada al cumplimiento de las exigencias que se estiman infringidas y de las medidas y condiciones impuestas por la SMA en su Resolución 477:

En lo que dice relación con los hechos descritos en los numerales 23.8 y 23.9 de la Formulación de Cargos, CMN ha diseñado un nuevo sistema de alerta temprana y respuesta respecto de la calidad de las aguas. Esta situación deriva de:

- a) La circunstancia de haber variado efectivamente el componente calidad de las aguas, comportándose de manera distinta a lo evaluado;
- b) La necesidad de contemplar un sistema que permita detectar oportunamente situaciones de variación de la calidad de aguas asociada a los parámetros DAR, activando planes de respuesta a los cuales –a diferencia de los planes genéricos que contempla la RCA- se han incorporado acciones concretas de manejo de aguas. Este nuevo sistema de alerta se encuentra actualmente bajo el proceso de revisión de la RCA N°24/2006, en tramitación ante la Dirección Regional de la Región de Atacama.

Lo anterior se encuentra acreditado en este proceso, específicamente en los documentos que fueron acompañados en los N°s 6, 7 y 8 del Anexo C del escrito Evacúa Traslado, a los que nos hemos referido anteriormente.

5. *INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LOS CONSIDERANDOS 4.3.2. i.1) y 4.5.2 DE LA RCA 24/2006, CONTAR Y OPERAR UN SISTEMA DE CAPTACIÓN DE AGUAS DE CONTACTO DISTINTO AL EVALUADO, HECHOS CONSIGNADOS EN EL NUMERALES 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.*

Los hechos infraccionales que dicen relación con contar y operar un sistema de captación de aguas de contacto distinto al evaluado, son los consignados en los numerales 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13 de acuerdo a los siguientes términos:

“23.10 La construcción de una Cámara de Captación y Restitución (“CCR”) no autorizada en la RCA. Dicha obra desvía las aguas sin tratar hacia las piscinas de acumulación o al río

Estrecho, incumpliendo el sistema de manejo de aguas de contacto aprobado, puesto que éste contemplaba que la totalidad de las aguas de contacto debían ser dirigidas a las piscinas de acumulación para tratar las aguas y/o recircularlas una vez determinado si cumple con los objetivos de calidad de agua.”

“23.11 La descarga de aguas de contacto al río Estrecho que no cumplen con los objetivos de calidad de aguas. Además, cabe agregar que en la obra señalada en el numeral 23.10 precedente, se toma la decisión de descargar al río Estrecho, según medición in situ de dos parámetros de calidad (pH y conductividad eléctrica), siendo que la RCA dispone que la descarga al río Estrecho debe cumplir con el DS 90.”

“23.12 No contar con un sistema de captación de aguas ácidas infiltradas asociado a una batería de pozos de aguas subterráneas, que permita siempre contar con uno en operación y otro e stand-by.”

“23.13 La falta de captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del depósito de estériles Nevada Norte durante el mes de enero de 2013.”

5.1 Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.10.

Respecto de los hechos constitutivos de infracción referidos en el cargo 23.10 se ha probado **(a)** que el manejo diferencial de las aguas se contempla tanto en la RCA como en la evaluación; la CCR cuenta con permisos sectoriales otorgados por la DGA. A su vez y en relación a la calificación de gravedad, se ha probado **(b)** que no existen en el proceso antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

5.1.1 Respecto de los hechos constitutivos de infracción se ha probado que el manejo diferencial de las aguas se contempla tanto en la RCA como en la evaluación y que la CCR cuenta con permisos sectoriales otorgados por la DGA.

En el escrito de Contestación, CMN aceptó lo descrito en el transcrito considerando 23.10 de la Formulación de Cargos, señalando que regularizará la construcción y funcionamiento de la CCR. Lo anterior, porque, de la lectura de la RCA N°24/2006 así como de los antecedentes de evaluación, no aparece *indicada* una obra llamada Cámara de Captación y Restitución.

No obstante, tal como se señaló y documentó en el escrito de Evacúa Traslado, si bien se ha reconocido el hecho de que la llamada “CCR” no es una obra que se encuentre expresamente incluida en la RCA, lo cierto es que **tanto su construcción como su operación se justifican en la convicción que tuvo CMN de que el manejo diferencial de las aguas se contemplaba tanto en la RCA como en los antecedentes de evaluación.** Más adelante reiteramos aquellos pasajes de la RCA y de otros antecedentes de la evaluación, de donde se desprende claramente que el manejo diferencial de las aguas de contacto captadas desde el sector del Botadero de Estériles, para ser derivadas a los lugares de acumulación y tratamiento o bien para ser restituidas al río, se encuentra expresamente consagrado en la RCA, no obstante ser efectivo que no existe mención expresa a una obra denominada “Cámara de Captación y Restitución” por la que se actualice dicho manejo.

En el mismo sentido –como ha quedado demostrado también de los antecedentes que han sido acompañados al proceso- consta fehacientemente que la obra hoy conocida como Cámara de Captación y Restitución, forma parte del sistema de manejo de aguas que fue aprobado en la tramitación sectorial de los permisos ambientales sectoriales de modificación de cauces y obras hidráulicas mayores, ante la Dirección General de Aguas. También analizamos dichos antecedentes más adelante.

5.1.2 Respecto de la calificación de gravedad se ha probado que no existen en el proceso antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

En efecto, no existen en el proceso antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población. Este tema se aborda más adelante, ya que constituye una de las alegaciones que se efectuaron para los cargos 23.10 a 23.13 considerados conjuntamente.

5.2 *Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.11: se ha probado que el manejo diferencial de las aguas se contempla tanto en la RCA como en la evaluación y cuenta con permisos sectoriales otorgados por la DGA.*

Al igual que con respecto al cargo 23.10, los hechos consignados en el considerando 23.11 de la Formulación de Cargos, fueron aceptados en la Contestación. Sin embargo, la operación de esta CCR se realizó bajo el entendido de que constituía una obra que –si bien no está expresamente descrita en la RCA-, **actualizaba un sistema de manejo diferencial que sí se encuentra consagrado específicamente en dicho instrumento y sus antecedentes.**

Por lo demás, en cuanto a su forma de operar, consta de los documentos que obran en el proceso, que los permisos sectoriales con los que cuenta la obra (otorgados por la Dirección General de Aguas), señalan que el manejo diferencial de las aguas se haría mediante un muestreo en línea de parámetros de cantidad (caudal) y calidad (pH y Conductividad Eléctrica).

5.3 *Alegaciones y defensas en relación con el cargo 23.12: Si bien los hechos constitutivos de infracción descritos respecto del Cargo 23.12 fueron aceptados por CMN, no existen en este proceso antecedentes que permitan aumentar la gravedad de la infracción, en razón de haber ocasionado daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población, cuestión que se aborda más adelante, de manera conjunta con los cargos 23.10, 23.11 y 23.13.*

5.4 Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.13.

Respecto de los hechos infraccionales referidos en el cargo 23.13 se ha probado (a) respecto de los hechos constitutivos de infracción que las aguas de contacto provenientes del área del botadero sí fueron captadas y conducidas a la CCR; y (b) respecto de la calificación de gravedad que no existen en este proceso antecedentes que permitan aumentar la gravedad de esta infracción, en razón de haber ocasionado daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población.

5.4.1 Respecto de los hechos constitutivos de infracción debe considerarse que las aguas de contacto provenientes del área del botadero sí fueron captadas y conducidas a la CCR.

Del examen de los antecedentes que obran en este proceso, queda claramente acreditado que durante el mes de enero de 2013 *sí se captó el agua de contacto proveniente desde el sector del botadero*, no obstante, en tres oportunidades dicha agua fue restituida al río por acción del mecanismo de la CCR (a lo que se refiere el cargo 23.11).

En efecto, el agua de contacto generada en el sector del botadero durante el mes de enero de 2013 -agua que no correspondió a *drenajes ácidos de roca* provenientes del botadero, como se desprende claramente de la declaración de don Carlos Espinoza toda el agua que escurrió aguas arriba del muro cortafugas fue captada por los pozos de alivio, y desde ahí conducida por las líneas de conducción hacia la CCR. Por lo tanto, independiente de su destino una vez que fue captada por la BE-2³¹, para efectos de esta infracción, lo cierto es que las aguas de contacto sí fueron captadas durante el mes de enero de 2013.

En dicho sentido, nos remitimos a lo constatado en el ORD. N°426 DGA Atacama, de fecha 27 de junio de 2013, específicamente el punto 22) en donde se señala: *"También sobre estos antecedentes, se presenta un cuadro identificado como Tabla N°2 (...), mediante el cual se presentan registros de calidad de agua de la denominada Cámara de Restitución y asociados a los indicadores de DAM, para 4 días del mes de diciembre de 2012 y para 3 días del mes de enero de 2013."* (Lo destacado es nuestro.)

Tales hechos también se encuentran constatados en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2013-63-III-RCA-IA, específicamente en la Tabla que resumen las No Conformidades (Conclusiones), en el cuadro N°9 "Manejo de lixiviados y calidad de las aguas contactadas".

De ello se traduce que este hecho es la materialización práctica durante el mes de enero de 2013, del mecanismo de manejo diferencial de las aguas de contacto que se

³¹ Situación que es materia de los cargos 23.10 y 23.11.

efectuaba en la CCR y que se describe como hecho constitutivo de infracción en el cargo 23.11.

5.4.2 Respecto de la calificación de gravedad debe considerarse que no existen en este proceso antecedentes que permitan aumentar la gravedad de esta infracción, en razón de haber ocasionado daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población

No existen en este proceso antecedentes que permitan aumentar la gravedad de esta infracción, en razón de haber ocasionado daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población, cuestión que se aborda más adelante, de manera conjunta con los cargos 23.10, 23.11 y 23.12.

5.5 Alegaciones y defensas conjuntas en relación con los Cargos 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13.

Por otra parte y tal como expresamos para los casos anteriores (a) los referidos hechos corresponden a una única conducta que habría consistido en la no captación y acumulación de todas las aguas de contacto en las piscinas de acumulación; y (b) ha sido acreditado en el procedimiento que no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

5.5.1 Los referidos hechos corresponden a una única conducta que habría consistido en la no captación y acumulación de todas las aguas de contacto en las piscinas de acumulación.

Tal como se indicó en el escrito de Evacúa Traslado, los hechos descritos en los considerandos 23.10 a 23.13 se refieren al manejo de las aguas de contacto generadas en el depósito de estériles Nevada Norte, manejo que implica su captura, recolección y conducción desde las líneas de pozos hasta la obra de captación (BE2/CCR). Todas estas exigencias responden a un mismo sistema.

A nuestro juicio, las desviaciones constatadas en los hechos 23.10 a 23.13 deben configurarse como un solo hecho, para fines sancionatorios, por cuanto existe unidad de propósito en su ejecución, correspondiente al hecho de haber dejado fluir el agua de contacto, ya sea por acción (en la CCR, según interpretación de la SMA) o por omisión (falta de bombeo de algunos pozos). **Se trataría de una única conducta infraccional, consistente en la no captación y acumulación de todas las aguas de contacto en las piscinas de acumulación.** Tanto la batería de pozos de agua subterránea como la CCR, fueron diseñadas conforme a una misma definición de ingeniería de proyecto y la operación se realiza conforme a esas mismas definiciones.

En relación con esta alegación, reiteramos lo afirmado en el Informe en Derecho elaborado por el Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez titulado "El principio "non bis in ídem" en el ámbito de las sanciones administrativas: contenido, alcances, efectos y aplicación en la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente", cuyas

conclusiones fueron citadas supra, extractando también los considerandos de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental en el expediente Rol R-15-2015, Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente, en donde se ordena específicamente a la SMA enmendar la resolución reclamada, sancionando dos infracciones como una sola infracción, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 60 inciso 2° de la LOSMA.

Aplicando este criterio a los cargos 23.10 a 23.11, las desviaciones que se describen en dichos cargos se refieren todas a la captación (o falta de captación) de aguas de contacto desde el sector del botadero y a su restitución al curso superficial, sistema que conforma un complejo hidráulico integrado y secuencial, cuyo diseño determina su operación. Así, dichas desviaciones deben configurarse como un solo hecho, para fines sancionatorios, de modo que existe una unidad de propósito en su ejecución, cual es haber dejado fluir agua de contacto, ya sea por acción (CCR) o por omisión (pozos sin bombear), sin que se haya cumplido estrictamente –según lo definido en la Formulación de Cargos- con lo dispuesto en la RCA. Conforman todos ellos una misma conducta infraccional, por lo que el sancionarlos por separado importaría una vulneración al principio *non bis in ídem* y con ello al artículo 60 de la LOSMA.

5.5.2 Ha sido acreditado en el procedimiento que no existen antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

No existen antecedentes que permitan concluir que las infracciones descritas en los N°s 23.10 a 23.13 de la Formulación de Cargos, generaron daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población.

(i) En relación con la generación de riesgos para la salud de la población, durante la tramitación del presente procedimiento no se ha aportado prueba alguna que permita deducir que las infracciones asociadas a los cargos 23.10, 23.11, 23.12, y/o 23.13 hayan generado riesgo alguno para la salud de la población por ingesta directa de agua del río en el área de influencia del Proyecto.

Cabe hacer presente en relación con esta circunstancia, que, si bien la Resolución 1191 incluye como punto de prueba la “Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población (...) como consecuencia de las infracciones (...) relacionadas con el Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y de No Contacto”, esto es, lo concibe de manera genérica para todos los hechos infraccionales referidos a dicho sistema, la Minuta Técnica DFZ entiende y circunscribe la evaluación de riesgo a la falta de activación de los planes de emergencia o pre emergencia del sistema de alerta de calidad de agua superficial.

De este modo, no procede efectuar una imputación de riesgo para la salud de la población de modo genérico, sino que es necesario que tal imputación (para el caso en que existan antecedentes que permitan hacerla, lo que no ocurre en este proceso) debe

decir relación directa con el o los hechos constitutivos de infracción que fueren capaces de generar el riesgo específico.

No puede, por la vía de una imputación general de riesgo, soslayarse el criterio de causalidad básico y necesario para atribuir responsabilidad. Es más, si la autoridad pretendiera saltarse dicha imputación causal señalando que es la suma de todos los hechos incluidos en la Formulación de Cargos las que generan dicho riesgo, entonces ello significa que estamos en presencia de una sola infracción.

Nos hemos referido en detalle a este aspecto al momento de tratar los Cargos 23.8 y 23.9 de la Formulación de Cargos, aunque –en apoyo a la conclusión expuesta en el presente párrafo –en cuanto a que no se ha aportado antecedente alguno en el proceso que permita deducir que los hechos infraccionales descritos en los numerales 23.10, 23.11, 23.12 y/o 23.13 han generado un riesgo para la salud de la población-, nos remitimos a dicha Minuta Técnica DFZ en cuanto señala que la metodología empleada en la evaluación ***“no contiene herramientas específicas destinadas a identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo obtenidos en un sitio y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por lo tanto impide confirmar o descartar que el proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo pre existente en el territorio.”*** (Lo destacado es nuestro.) En relación con un **eventual daño ambiental irreparable, consistente en la contaminación de las aguas y los efectos que respecto de la agricultura** alegan los interesados que han intervenido en este proceso, nos remitimos a lo señalado en el acápite 4.2.2 de este escrito, al analizar esta circunstancia respecto de los cargos 23.8 y 23.9.

Lo anterior, por cuanto cualquier eventual efecto atribuible a los hechos consignados en los numerales 23.10 a 23.13 dice relación con el manejo diferencial de las aguas de contacto que se realizaba en la CCR. La decisión de restituir el agua captada al río o bien de conducirla a las piscinas de acumulación se realizaba en función de los niveles de alerta estacionales medidos para el punto NE-5, por lo que dicha decisión es una consecuencia lógica y necesaria de los hechos descritos en los numerales 23.8 y 23.9 de la Formulación de Cargos.

5.6 Antecedentes que obran en el proceso que acreditan las alegaciones y defensas invocadas por CMN, en relación con los hechos descritos en los numerales 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13.

a) La RCA N°24/2006 en su Considerando 4.3.1 a) 2 expresamente dispone:

“... El agua recolectada en dicho sistema [se refiere al sistema de recolección desde la pantalla cortafugas] será monitoreada y comparada con los niveles de alerta de calidad de agua definida para el Proyecto. Si la calidad del agua excede los rangos de línea base, los drenajes se dirigirán hacia las piscinas de almacenamiento de aguas de contacto para ser consumida o tratada antes de su descarga.” (Lo destacado es nuestro)

- b) Adenda 2 del EIA "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", 2005, respuesta 2.7:
Al momento de abordar el compromiso de mantener los niveles de línea base en el río del Estrecho, se indica lo siguiente:

"La necesidad de manejo y tratamiento de los drenajes se determinará en función del monitoreo de las aguas en el sector NE-5 (...). Si el monitoreo muestra indicios de deterioro de la calidad de las aguas respecto de la línea base en este punto, se activarán los sistemas de captura y envío de las aguas hacia las piscinas de acumulación, para su posterior manejo y tratamiento. En cambio, si la calidad de estas aguas se mantiene dentro de los rangos de línea base, no se estará afectando el recurso y no será necesario conducirlos a las instalaciones de tratamiento." (Lo destacado es nuestro)

- c) Resolución Exenta N°163/2008 de la Dirección Regional de la DGA Atacama, de 20 de marzo de 2008 (acompañada en Anexo A N°3 de escrito de Evacúa Traslado). Esta resolución aprueba el proyecto de modificación de cauces naturales a Compañía Minera Nevada Ltda., para el Proyecto Pascua Lama. Esta resolución enumera las obras que conforman el proyecto de modificación de cauces, entre las cuales se señala:

"16. Obras de Restitución de Cauce a Río del Estrecho: se construirá en el kilómetro 1,73 de la Tubería de Drenaje Línea-2, en un punto donde intersectan las coordenadas Norte 6.758.411 y Este 398.199 un cajón de hormigón, que permita disponer en su interior un sistema de válvulas que permita restituir los flujos al cauce natural en caso que las aguas conducidas cumplan con las condiciones ambientales requeridas." (Lo destacado es nuestro.)

- d) Resolución Exenta N°2959/2009, de la Dirección General de Aguas, de fecha 22 de septiembre de 2009, por la que se rechaza oposición y se aprueba proyecto que autoriza construcción de obras hidráulicas que se indica del Proyecto Minero Pascua Lama a Compañía Minera Nevada Limitada (...). De esta resolución (que fue acompañada en Anexo A N°4 del escrito de Evacúa Traslado), destacamos lo siguiente:

"Vistos: (...) la Resolución Exenta N°39, de fecha 25 de abril de 2001 y la Resolución Exenta N°24, de fecha 15 de febrero de 2006, ambas de la Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Atacama (...)

"Considerando: (...)

"g) (...) Que, el Proyecto en cuestión fue calificado favorablemente por la Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Atacama, mediante la Resolución Exenta N°39 de fecha 25 de abril de 2001 y por la Resolución Exenta N°24, de fecha 15 de febrero de 2006.

"En definitiva, el presente Proyecto que se aprueba ya fue evaluado y calificado ambientalmente en forma favorable conforme la legislación vigente.

"h) (...) Los nuevos puntos de captación fueron cuatro. De éstos, el denominado BE2 es coincidente con el punto de captación de los caudales que se dirigen a las piscinas de acumulación (...)

"RESUELVO: (...)

"APRUÉBASE el PROYECTO (...)

"DECLÁRASE que las principales características del Proyecto que se aprueba por la presente Resolución, son:

"3.1 Descripción General del Proyecto: (...)

"Por otro lado, el sistema de manejo de aguas de contacto intercepta y acumula las aguas que entran en contacto directo con el depósito de estériles,

inmediatamente aguas debajo de dichos depósitos, monitoreando la calidad del flujo efluente del sistema de manera de decidir si éstas aguas pueden ser enviadas directamente al cauce del río o deberán tratarse para cumplir con las exigencias de la normativa ambiental y de los compromisos adquiridos durante la tramitación del proyecto en el SEIA.” (Lo destacado es nuestro)

“3.2 OBRAS QUE SE APRUEBAN:

“3.2.1 Tubería desde Cámara de Captación y Restitución Hasta Cámara de Válvulas:

“Las aguas de contacto provenientes desde el sector del Botadero Nevada Norte, que naturalmente drenarán hacia el río del Estrecho, serán desviadas desde este cauce mediante una obra que las captura, a través de zanjas dispuestas en el fondo de su lecho, las conduce por una tubería colectora y las restituye aguas abajo del mismo. Es necesario mencionar que estas obras fueron presentadas y aprobadas como parte del expediente VP-0303-57, cuya tramitación se realizó en la DGA de la Región de Atacama. Al respecto, se deja constancia que en dicho expediente también figura la aprobación de una obra denominada “Obra de Restitución a Cauce del Río del Estrecho”, cuyo diseño fue reformulado durante la presente revisión y que, por su naturaleza no es incluida en las obras en examen. Lo anterior se debe a que, la ahora denominada “Cámara de Captación y Restitución (Ex Obra de Restitución a Cauce del Río del Estrecho), constituye una bocatoma (...)” (Todo lo destacado es nuestro)

- e) Informe Técnico DARH D.G.A. Región de Atacama N°22, Copiapó, 24 de abril de 2012. Este documento fue acompañado mediante Carta PL-060 de fecha 17 de mayo de 2016. Este informe da cuenta de la inspección de las obras que se incluyen en los expedientes VP-0303-57, asociadas al proyecto aprobado mediante Resolución N°163/2008, DGA Región de Atacama. Destacamos lo siguiente de este informe:

Da cuenta de las diversas visitas (3) efectuadas por los profesionales de la DGA a las obras de construcción del sistema de manejo de aguas de contacto y no contacto. En este Informe se describen las obras y se da cuenta de su estado de avance a la fecha de la última inspección. Respecto de la Obra de Restitución de Cauce al Río Estrecho (cuyo nombre fue cambiado a Cámara de Captación y Restitución), se señala lo siguiente:

“16. OBRAS DE RESTITUCIÓN DE CAUCE AL RÍO DEL ESTRECHO:

“El sistema de restitución está asociado a la Cámara de Restitución que tiene como efluente los escurrimientos provenientes por la tubería de conducción N°2, que recoge las aguas del fondo del valle y que, en operación del botadero, captará las aguas de contacto. En esta cámara se debe analizar la calidad del flujo y comparar con línea base, luego de ello se decide si se restituye en este punto o son conducidas al cauce natural del Río del Estrecho. Esta cámara además cuenta con dispositivo de monitoreo y transmisión en línea de pH, conductividad eléctrica y caudal. (...)”

“3. CONCLUSIONES

“De acuerdo a los antecedentes recabados en terreno y presentados por la titular, se puede concluir que las obras se han ejecutado conforme a los estándares previstos en el proyecto aprobado, considerando diversas mejoras en su ejecución. Las obras asociadas al manejo de aguas de contacto se encuentran ejecutadas a cabalidad y sin detalles constructivos aparentes pendientes, además su correcta operación se ha verificado en las dos últimas inspecciones, habiendo en la última detectado un sistema de control, monitoreo y transmisión de información, tanto de calidad como de cantidad de los flujos efluentes de este sistema ubicado en la Cámara de Restitución. (...)” (Todo lo destacado es nuestro.)

Cabe hacer presente que en su declaración de 29 de enero de 2013, el testigo presentado por la SMA, Sr. Manuel Tejos, se refiere de forma genérica a la inspección que de la obra CCR efectuó la DGA durante el año 2012 (respuesta a pregunta 1 de “preguntas reformuladas”, página 23³²). Es a la inspección y visita consignada en el Informe DAHR N°22 de 24 de abril de 2012 a la que se refiere, de la que se han extractado los párrafos atinentes.

Los documentos que se individualizan y extractan en los números 1 al 5 anteriores, dan cuenta de que existen antecedentes fundados para concluir:

- a. Que si bien la obra hoy conocida como CCR no se encuentra expresamente incluida como tal en la RCA, lo cierto es que el manejo diferencial de las aguas de contacto que son captadas desde el botadero de estériles sí se contempla en la aprobación ambiental de este Proyecto.
- b. En todo caso, para el evento de interpretar que lo señalado en el numeral (i) anterior no es efectivo, los antecedentes mencionados permiten concluir sin lugar a dudas que tanto la construcción como la operación de la CCR no obedecen a una intención positiva de mi representada de incumplir con la condiciones y medidas que establece la RCA24, sino muy por el contrario, éstas fueron motivadas en la legítima interpretación que de dicho instrumento realiza CMN, entendiéndolo (lo cual es avalado por texto de la RCA y declaraciones expresas contenidas en los permisos sectoriales referidos) que éste incluye y autoriza el manejo diferencial de las aguas de contacto.
- f) Declaración de don Carlos Espinoza, del 10 de marzo de 2016, cuya transcripción se encuentra a continuación de la Res. Ex. N°00355/2016. En relación con la falta de operación de la línea de pozos L2, ver respuesta a pregunta 67 “(...) *No sé cuándo partió la operación exacta [de la línea de pozos L2]. Desde el punto de vista técnico, si bien pueden no haber estado operando [las líneas de pozos L2], los sistemas de pozos de alivio tienen el mismo efecto que la línea de pozos L2. O sea, cuando uno mira la progresión de aguas de contacto, el sistema tiene varias redundancias.*”

Lo anterior también se había señalado en la parte final a la respuesta a la pregunta 56:

“En este caso estos pozos [los PA, pozos de alivio] lo que hacen es mantener niveles de agua, aguas arriba de la zanja cortafuga a una cota fija y todo el exceso de agua se lo llevan a los sistemas de tratamiento, que son los que tienen aguas de contacto. Y es lo que inicialmente, cuando antes de entrar a operar los pozos de la Línea de Pozos L2, todas las aguas que se captaban en el sistema de la Cámara de Contacto [sic] era agua que provenía de los pozos de alivio, por lo

³² Según transcripción de la declaración que fue anexa a Res. Ex. N°00355 de 25 de abril de 2016.

tanto, dado que estaba la zanja, que está la zanja, este sistema impone una barrera que el agua se dirige hacia el sistema de tratamiento.”

Finalmente, respondiendo a las observaciones de las partes (página 58 y 59 de su declaración)³³, específicamente a la pregunta acerca del funcionamiento de la línea de pozos L2 formulada a instancias de don Javier Vergara, el Sr. Espinoza declaró:

“(…) aguas arriba del cortafuga tenemos un sistema de aguas subterráneas que va viajando hacia el sistema de la zanja cortafuga y la línea L2, la línea L1 y L2 en este caso, tiene por objetivo acopiar, extraer esta agua, que estaría filtrada, por las filtraciones del botadero Nevada en el futuro. Si estos pozos no operan, el agua sigue viajando y finalmente, como el sistema tiene esta redundancia de los pozos de alivio, los pozos de alivio son los que hacen el mismo efecto. El efecto de extraer el agua e impedir que esta agua pase más allá del muro cortafuga y aparte está el muro o zanja cortafuga.” “(…) El efecto final es el mismo, porque uno [sic] saca con bombeo acá [L2] se va a captar acá [pozos de alivio]. Por lo tanto, la práctica en el fondo, de que no hubiera estado operativo [L2] no significaba que el sistema no estuviera haciendo su rol, en este caso, llevar esa agua ¿dónde? A la CCR.” (Énfasis agregado).

- g) Documento denominado “Comentarios a Minuta Técnica de Evaluación de Riesgos de Salud en el Marco del Proceso Sancionatorio A-002-2013 – Análisis sobre los riesgos a la salud por ingesta del agua del río Del Estrecho – Proyecto Pascua Lama”, elaborado en el mes de abril de 2016, por la Dra. Soledad Ubilla F. y el Dr. Claudio Vargas R., profesionales expertos en salud pública (lo cual se acredita con sus completos currículums que se adjuntan al documento), de la empresa GAC Consultores Ambientales. Dicho documento fue acompañado mediante Carta PL-048 de fecha 15 de abril de 2016.

Respecto de las conclusiones a las que arriba este documento, nos remitimos a lo dicho con ocasión del análisis efectuado para los hechos 23.8 y 23.9, en cuanto a que no ha existido riesgo incremental para la salud de la población proveniente de la ingesta de agua directamente del río del Estrecho.

5.7 Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas en relación con los puntos de prueba número 5 y 3.

En relación con el punto de prueba N°5, específico a la CCR, en el Resuelvo III N°5 de la Resolución 1191 se ordenó oficiar a la DGA Región de Atacama, para obtener copia fiel del expediente “VP-0303-57”, relacionado con la Resolución N°163/2208 y a la DGA nivel central para obtener copia del expediente VP-0303-26, relacionado con la Resolución N°2959/2009. Asimismo, se ofició al organismo sectorial para que informara acerca de si CMN ingresó a la Dirección Regional, con fecha posterior a la Resolución Exenta N°2959, alguna solicitud de autorización de bocatoma de conformidad a lo dispuesto en el artículo 151° del Código de Aguas.

³³ Según transcripción de declaraciones de testigos anexa al final de la Res. Ex. N°00355 de 25 de abril de 2016.

Por medio de Oficio ORD CIHR N°7, de 19 de febrero de 2016, la DGA Región de Atacama remitió a la SMA los antecedentes solicitados. De la lectura de dichos antecedentes técnicos (que incluyen informes, solicitudes, memorias de cálculo y planos), se desprende que la CCR (antes llamada Obra de Restitución al Río del Estrecho) es una obra que se encuentra considerada dentro de los diversos permisos y autorizaciones que componen el Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto Pascua Lama.

Por otro lado, por medio de ORD 117 de fecha 25 de febrero de 2016, la DGA de la Región de Atacama remitió a la SMA información respecto del expediente VP-0303-57 e informó acerca del estado de tramitación de la solicitud del permiso del 151 del Código de Aguas, respecto de la obra BE2 ("CCR").

De conformidad con los antecedentes acompañados, se encuentra acreditado que permiso del artículo 151 del Código de Aguas fue solicitado ante la Dirección Regional de Aguas de Atacama con fecha 18 de junio de 2013, encontrándose a la fecha de presentación de este escrito sin ningún trámite pendiente para su otorgamiento, salvo la resolución por parte de la DGA. Como consta de los documentos que fueron acompañados por la propia DGA, CMN ha requerido en más de una oportunidad a dicha Dirección que se resuelva derechamente el trámite, requerimiento que no ha sido respondido aún.

Respecto del punto de prueba N°3, en el Resuelvo III N°3 de la Resolución 1191 se solicita a la División de Fiscalización de la SMA que realice una evaluación de riesgo a la salud de la población, para determinar la aplicación del literal b) del artículo 40 de la LOSMA, nos remitimos a lo expuesto en forma precedente.

5.8 De la aplicación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

5.8.1 Desde que CMN actuó bajo la convicción de encontrarse amparado en la RCA así como en los diversos permisos y autorizaciones que conforman el sistema de aguas no puede establecerse a su respecto la intencionalidad referida en el artículo 40 de la LOSMA.

En lo que respecta específicamente a los hechos incluidos en los numerales 23.10 y 23.11 de la Formulación de Cargos, y sin perjuicio de la aplicación o no aplicación de estas circunstancias en general, nos referiremos acá específicamente a la circunstancia establecida en el literal d) del artículo 40 LOSMA.

Las circunstancias de "intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma" se refieren a la subjetividad del posible infractor, que en caso alguno concurre respecto del hecho de haber construido la CCR y haber operado un sistema de manejo diferencial de las aguas de contacto que eran captadas aguas abajo del botadero, en razón de la calidad que éstas mostraban.

La intencionalidad debe entenderse como el dolo o voluntad deliberada, que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. En dicho sentido, no se ha producido ningún antecedente que permita concluir que por parte de CMN haya existido una voluntad específica, consciente y voluntaria de infringir las exigencias cuyo incumplimiento se imputa en los Cargos N°23.10 y 23.11.

Es más, los antecedentes que obran en el proceso permiten arribar a la conclusión contraria: que el manejo diferencial de las aguas de contacto se encontraba amparado en la RCA así como también en los diversos permisos y autorizaciones que conforman el sistema de manejo de aguas. Esto es, se actuó bajo la convicción de que, debiendo ser captadas todas las aguas provenientes del botadero, éstas serían monitoreadas y derivadas a acumulación y tratamiento sólo si no cumplían con los estándares de calidad que establecía la RCA, de lo contrario, serían restituidas al río.

Lo anterior se desprende indudablemente de los antecedentes que se indican en el acápite 5.6 precedente.

Adicionalmente, habiéndose decretado la prueba testimonial en relación precisamente con la intencionalidad en la comisión de ciertas infracciones, citamos lo consignado en las declaraciones de los siguientes testigos, respecto de la existencia y manejo de la CCR:

(i) **Declaración dada por el testigo requerido por la SMA, Sr. Manuel Tejos**, de quien destacamos los siguientes pasajes del testimonio rendido en audiencia del 29 de enero de 2016:

Preguntas y respuestas 7 y 8 de las preguntas reformuladas (página 25 y 26 de transcripción)³⁴:

"7. Con respecto al tema de la CCR (...) se hizo algún análisis sobre si esta obra podía o no existir. (...) Si esta obra no existiera podía funcionar el sistema de manejo de aguas, yendo todo a las piscinas. Si eso no estaba, qué implicaba.

Respuesta: "En el avance de la ingeniería, desde la obtención del permiso ambiental hasta la construcción, el que no exista esta CCR, o sea al revés, es una implicancia económica en lo construido, porque uno podría haberlo conectado directo a las piscinas de almacenamiento generando un tapón en el flujo que podían escurrir libremente, conforme a las calidades. Entonces es todo lo contrario, esa cámara es necesaria para asegurar los flujos de buena calidad."

"8. a) Cuando se dice que era necesaria para asegurar los flujos que van a las piscinas...

Respuesta: "No, al río."

(ii) **Declaración del testigo don Eduardo Flores**, dando respuesta a preguntas 91 y 92:

P: ¿Por qué tomó la decisión de cerrar la CCR?

R: Porque fuimos instruidos de cerrarla.

P. Solamente por eso.

R: Porque nosotros teníamos aprobación de la DGA para usarla, y la compañía tenía esa documentación para seguir en funcionamiento, por lo tanto había una discrepancia respecto al uso de la CCR.

³⁴ Según transcripción anexa a Res. Ex. N°00355 de 25 de abril de 2016.

De lo dicho por ambos testigos, se desprende, en primer lugar, que la CCR y su funcionamiento estaban concebidos desde la concepción de ingeniería del proyecto, de modo de poder compatibilizar cantidad y calidad de agua. Por otro lado, existía de parte de los ejecutivos y trabajadores de CMN la convicción que la CCR era una obra que se encontraba absolutamente en regla con la normativa y que, por tanto, contaba con todos los permisos. Tanto es así que su cierre fue materializado en el entendido de acatar la orden subyacente a la sanción aplicada por la SMA, quien interpretó la RCA de manera literal al no encontrar en el permiso ambiental una referencia y autorización expresa a una instalación denominada Cámara de Captación y Restitución.

5.8.2 Conducta posterior positiva asociada al cumplimiento de las exigencias que se estiman infringidas y de las medidas y condiciones impuestas por la SMA en su Resolución 477.

(i) En relación con los cargos 23.10 y 23.11 (operación de la CCR en tanto obra de restitución).

Tal como menciona el testigo don Eduardo Flores, la CCR fue cerrada con posterioridad al término original de este proceso sancionatorio. Cabe aclarar, en primer lugar, que la obra "CCR" cumplía dos funciones: la primera, es la obra de captación de todas las aguas de contacto que provienen del sector del botadero y que son conducidas mediante las líneas de conducción L2 y L5 hasta la bocatoma, conocida como BE-2. Tal función obviamente se mantiene y es la puerta de entrada al sistema de acumulación y posterior tratamiento de las aguas de contacto.

De esta forma, lo que se cerró fue la instalación mediante la cual el agua contactada podía ser restituida al río, si cumplía con los estándares de calidad. El cierre de esta función de restitución se realizó en dos etapas:

- (a) En primer lugar, con fecha 2 de diciembre de 2013, se dio la instrucción operacional de cesar toda restitución al río del Estrecho desde la CCR. Así, las aguas captadas serían conducidas en su totalidad e independiente de su calidad, a las piscinas de acumulación. La instrucción señalada consta de la cadena de correos que se acompaña en el Anexo E de la Carta PL-058/2016, presentada el 10 de mayo pasado en respuesta al requerimiento de información contenido en la Res. Ex N°356. En dichas comunicaciones se confirma que con fecha 2 de diciembre de 2013, aproximadamente a las 16:45 horas, se dio cumplimiento a la instrucción abriendo la válvula de modo que todo el caudal entrante a la CCR (Bocatoma BE2) fuera conducido a la piscina 2.

Por lo tanto, el correo acompañado da cuenta del cierre "operacional" que se llevó a cabo de la CCR, en cuanto obra que permitía restituir caudales al río.

- (b) Con posterioridad, se procedió al sellado de la función de restitución al río, lo que ocurrió con fecha 15 de enero de 2015, labor que fue ejecutada por Llorente

industrial S.A. En el mismo Anexo E antes referido se acompañan (i) copia del correo electrónico de fecha 15 de enero de 2015 enviado a Yasna Cortez (quien se desempeñaba en la Gerencia de Medio Ambiente de CMN), y (ii) registro fotográfico del resultado final de estos trabajos. Cabe hacer presente, además, que el sellado de la CCR consta en el Acta de Inspección Ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente que da cuenta de la fiscalización efectuada el día 9 de abril de 2015.

- (c) Ahora bien, tal como consta de evidencia que se ha producido en este proceso, el sello físico a que se refiere el literal b) anterior, fue parcialmente removido de modo de poder implementar, si fuera necesario, el protocolo de contingencia operacional. En efecto, mediante Cartas PL-125/2015 de 17 de agosto de 2015 y PL-163/2015 de 24 de noviembre de 2015, se informó a esta SMA acerca de la necesidad de implementar un protocolo de contingencia operacional. Ello se justificaba en los grandes volúmenes de agua que se esperaba podían generarse luego de la excepcional situación climática que se presentó durante el otoño e invierno del 2015, situación que fue detallada en términos de nieve caída y su comparación con otros períodos, en las comunicaciones señaladas.

Todo lo descrito se detalla en las referidas cartas, así como también en la declaración testimonial de don Sergio Fuentes (respuestas a preguntas 86 a 105 inclusive) y en Carta PL-12/2016 de 1° de febrero de 2016, por la que se evacuó el traslado conferido respecto del Acta de Inspección asociada a las diligencias de prueba llevadas a cabo los días 19 y 20 de enero de 2016.

Lo expuesto da cuenta de una conducta posterior positiva de parte del titular, en cuanto dio cumplimiento a lo implícitamente ordenado en la Resolución 477. Si bien dicha resolución fue anulada, se decidió mantener la decisión de cierre de la CCR, al ser materia de lo discutido en este proceso.

(ii) En relación con el cargo 23.12 (operación de línea de pozos L2).

Con fecha 23 de enero de 2015 comenzó a funcionar completamente la línea de pozos L2, en tanto pozos de extracción del sector del botadero. Ello se acredita mediante los documentos acompañados en los Anexos 1.1 a 1.7 de la Carta PL-11/2016, que da respuesta al requerimiento de información contenido en la Res. Ex.N°60 y dan cuenta de la habilitación y puesta en marcha del sistema eléctrico de la línea de pozos L2, así como del funcionamiento de tales pozos.

6. INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERANDOS 9.17 DE LA RCA 24/2006, INCUMPLIMIENTO AL SISTEMA DE ALERTA DE AGUA SUBTERRÁNEA, HECHO CONSIGNADO EN EL NUMERAL 23.14 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.

Los hechos infraccionales que dicen relación con el incumplimiento al Sistema de Alerta de Agua Subterránea es el consignado en los numeral 23.14 de acuerdo a los siguientes términos:

“23.14 No haber profundizado la zanja cortafugas tras superación de valores en 5 pozos monitoreados aguas abajo de dicha zanja.”

De acuerdo al Considerando 45.4 de la Formulación de Cargos, los hechos, actos u omisiones constitutivos de infracción descritos en el numeral 23.14, se señala que podrían constituir infracciones graves al incumplir gravemente las medidas para reducir o eliminar los efectos adversos del proyecto.”

6.1 Alegaciones y defensas planteadas por CMN en relación con los hechos infraccionales contemplados en el cargo 23.10.

Respecto del hecho constitutivo de infracción referido en el cargo 23.14 podemos señalar que (a) la abundante evidencia producida durante el procedimiento permite concluir que no se han dado los presupuestos fácticos que justifique activar la condición del Considerando 9.17 de la RCA; y (b) respecto de la calificación de gravedad, no se han producido en este proceso, antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

6.1.1 Respecto de los hechos constitutivos de infracción, la abundante evidencia producida durante el procedimiento permite concluir que no se han dado los presupuestos fácticos que justifique activar la condición del Considerando 9.17 de la RCA.

En el escrito de Contestación, CMN presentó descargos respecto de los hechos descritos en el numeral 23.14. Los descargos presentados en dicha Contestación se pueden resumir en lo siguiente:

- La pantalla/zanja/muro cortafugas fue diseñado y construido conforme a los más altos estándares de calidad de la industria, para cumplir el objetivo de captar las aguas superficiales, subsuperficiales y subterráneas desde la zona de contacto con el área del Botadero de Estériles Nevada Norte y conducir las a la obra de captación (BE2, “CCR”).
- La formulación de cargos se fundamentó en la comparación de calidades de aguas medidas en los pozos L4 con los datos de calidades de aguas registrados en el pozo BT-3, en circunstancia que la información proporcionada por estos pozos no es comparable entre sí, de modo que la conclusión acerca de la necesidad de profundizar la zanja no puede ni debe fundamentarse en dicha información.
- No existe evidencia de alteración en la calidad de las aguas subterráneas aguas abajo de la pantalla cortafugas que justifique activar la condición establecida en el Considerando 9.17 de la RCA, esto es, profundizar la zanja

cortafugas en el caso de detectarse modificación en la calidad de las aguas en los pozos ubicados aguas abajo de ella.

6.1.2 Respecto de la calificación de gravedad, no se han producido en este proceso, antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de sus efectos en el medio ambiente así como respecto de generación de riesgo para la salud de la población.

Para el evento de desestimarse los descargos presentados por esta parte, hacemos presente que **no existen antecedentes que permitan concluir que la omisión descrita en el cargo 23.14, generó daño ambiental irreparable o riesgo para la salud de la población.**

Es más, todos los antecedentes acompañados dan cuenta que la calidad de las aguas subterráneas solo fue afectada de manera puntual, acotada y temporal. De hecho, es una consecuencia lógica de la construcción de una obra de esta magnitud que tiene precisamente por objeto intervenir e interceptar los acuíferos. No obstante, como veremos a continuación, toda la información aportada por esta parte y la generada durante el transcurso del proceso, dan cuenta que la calidad de las aguas subterráneas ya no muestra alteración alguna pocos kilómetros aguas debajo de la zona del sistema cortafugas.

6.2 Antecedentes que obran en el proceso que acreditan las alegaciones y defensas invocadas por CMN, en relación con el hecho descrito en el numeral 23.14 de la Formulación de Cargos.

- a) Resolución D.G.A. III N°163, del 20 de marzo de 2008, que "Aprueba Proyecto de modificación de cauces naturales a COMPAÑÍA MINERA NEVADA LIMITADA". (Anexo A N°3, escrito Evacúa Traslado). Esta resolución debe entenderse en relación a los antecedentes que forman parte del expediente VP-0303-57, que en copia fue remitido a esta SMA mediante ORD N°117 de la DGA de la Región de Atacama, de fecha 25 de febrero de 2016.

En el N°12 se indica que se aprueba la obra "Zanja Cortafugas", dentro de las obras aprobadas según el proyecto de modificación de cauces presentado por CMN.

- b) Reporte 6413-Z-RP-001 "EVALUACIÓN DEL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL MURO CORTAFUGAS Sistema de Manejo de Aguas Contactadas – Pascua", Revisión 0, Abril 2013 (Anexo 1 acompañado al escrito de Contestación).

En este informe se revisan las condiciones de ejecución del proyecto del muro cortafugas, con el objeto de evaluar su proceso de diseño y construcción. La metodología de análisis empleada corresponde a la establecida por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (US EPA), específicamente EPA 542-R-98-005 "Evaluation of Subsurface Engineered Barriers at Waste Sites", Agosto 1988. Se destacan las siguientes conclusiones de este informe:

- Tanto el diseño como la construcción del muro cortafugas se realizaron conforme a altos estándares de calidad.
 - Tanto el diseño como la construcción fueron ejecutados por contratistas de reconocida experiencia y competencia internacional.
 - Los materiales y métodos empleados en la construcción están de acuerdo con las mejores prácticas y altas exigencias de la industria.
 - *“Se concluye que el muro cortafuga del proyecto fue diseñado y construido con un alto estándar de calidad, superior al aceptable por la industria, y por lo tanto, se espera que funcionará como una barrera efectiva para interceptar flujos subterráneos.”*
- c) Informe de Construcción Modificaciones de Cauces. Documento C: Zanja Cortafuga y Tubería de Conducción N°5 (Ref. No. SA202-00027/41-06), Knight Piesold. (Anexo 2 del escrito de contestación). Se destacan las siguientes conclusiones de este documento:
- La construcción de la zanja cortafugas concuerda principalmente con el diseño original aprobado por la DGA.
 - La construcción incorpora algunas mejoras al diseño original (extensión de pared moldeada, mejorando el sello con la roca basal; uso de misma cota final de la superficie de la pared, mejorando la interceptación de las aguas; aumento en un 30% del volumen de hormigón; modificaciones en la cortina de inyecciones, al haber encontrado roca basal de calidad no alterada en algunos sectores; instalación de tubo de acero para protección de tubo de PVC ranurado en la batería de pozos de alivio; mejora en el revestimiento de la geomembrana empleado para recubrir la excavación.
 - La ubicación final de la obra coincide con la presentada en el diseño original.
- d) Informe Técnico DAHR D.G.A. Región de Atacama N°22, de 24 de abril de 2012, acompañado mediante Carta PL-060/2016 de 17 de mayo de 2016.

Este documento da cuenta de los antecedentes recogidos en las 3 inspecciones realizadas por profesionales de la DGA de la Región de Atacama, describiendo el estado de ejecución de cada una de las obras que fueron aprobadas en la Res. Ex. N°163 de 20 de marzo de 2008. El numeral II de este Informe describe el estado de ejecución de las obras autorizadas que conforman el Manejo de Aguas de Contacto. Dentro de éstas, se señala lo siguiente para la Obra “12. Zanja Cortafuga:

“(…) El sistema se compone de una excavación masiva, desde cuyo fondo se encuentra construida una pared moldeada hasta el contacto con la roca basal, y a continuación de ella, una cortina de inyecciones que permiten sellar eventuales fracturas hasta el nivel de la roca sana. Aguas arriba de la cortina, se encuentran

dispuestos una serie de pozos de alivio conectados a una galería de drenajes, 4 pozos de Φ 8" con bomba instalada y 7 pozos de Φ 4". Desde esta zanja las aguas serán conducidas en forma gravitacional por una tubería de descarga (línea N°5) hacia la Cámara de Restitución en primera instancia, ubicada a unos 700 metros aguas abajo de esta obra. (...)

De las Conclusiones incluidas en este informe, se destaca:

"De acuerdo a los antecedentes recabados en terreno y presentados por la titular, se puede concluir que las obras se han ejecutado conforme a los estándares previstos en el proyecto aprobado, considerando diversas mejoras en su ejecución. Las obras asociadas al sistema de manejo de aguas de contacto se encuentran ejecutadas a cabalidad y sin detalles constructivos aparentes pendientes". (Énfasis agregado.)

- e) Minuta Calidad de Agua Subterránea Aguas Abajo del Muro Cortafugas, preparado por Hidromas, 15 de septiembre de 2015 (acompañada mediante Carta PL-146/2015 de 9 de octubre de 2015).

En el N°2 de la referida Carta PL-146/2015 se extractan y destacan las principales conclusiones de esta Minuta, las que damos por reproducidas en esta ocasión. No obstante, es importante destacar y tener presente lo siguiente:

- Existen diversas zonas que muestran diferentes calidades naturales, aguas abajo de la pantalla cortafugas.
- De acuerdo con la información y análisis que se expone en dicha Minuta, se permite dar respuesta a las interrogantes que plantea el fallo del Tribunal Ambiental en relación con las aguas subterráneas, como se resume a continuación:
 - (i) En el Considerando Centésimo undécimo del Fallo del Tribunal Ambiental se señala que: *"lo fundamental para decidir sobre una profundización del muro cortafugas es determinar la evolución de la calidad de las aguas subterráneas para saber si éstas han variado o no."* En dicho sentido, la información analizada en esta minuta permite concluir **que las condiciones de calidad del agua subterránea en la zona aguas abajo de las instalaciones del Proyecto Pascua Lama no han variado respecto de lo que se observó en la etapa previa a la construcción del Proyecto.**
 - (ii) El Considerando Centésimo decimotercero del mismo Fallo, señala que, con la información que el tribunal tuvo a la vista previo a la dictación de la sentencia *"no es posible descartar que la calidad de este componente, en estos tres puntos o pozos de control, pueda estar influenciada por factores naturales, por lo que no es posible extraer conclusiones respecto de este punto."* De acuerdo a la información analizada en esta Minuta, se puede concluir que **las características del agua son netamente locales y asociadas a condiciones geológicas**

y geoquímicas de los sectores en que se localizan los pozos de monitoreo.

- Adicionalmente, se destaca en esta Minuta el hecho de no haberse observado efectos de mezclas entre los pozos, lo que pudiera indicar la existencia de una pluma o fuente de contaminación activa hacia sectores ubicados aguas abajo en la cuenca. *“Lo anterior es indicativo de que no existen flujos a través de la zanja cortafugas, ya que de otra forma se habrían observado cambios en la calidad del agua subterránea monitoreada en dichos pozos.”*
 - A diferencia del análisis que efectúa el Tribunal Ambiental (aplicando el percentil 66% a las calidades de agua subterránea, lo cual no sólo no está contemplado en la RCA sino que además no constituye una herramienta adecuada), en el análisis que se incluye en esta Minuta se emplearon gráficos que permiten observar la evolución temporal de los datos de calidad de agua subterránea medidos directamente en los puntos de monitoreo. Ello tiene una importante ventaja respecto del uso de indicadores estadísticos (como percentiles o estadígrafos tradicionales), los cuales no permiten observar diferencias reales entre los diferentes puntos de monitoreo, tanto a nivel espacial como en la dimensión temporal.
- f) Documento “Efectos del Botadero Nevada en la Calidad del Agua Subterránea”, Proyecto Pascua Lama, elaborado por Hidromas, de fecha 15 de septiembre de 2015 (acompañado mediante Carta PL-146/2015 de 9 de octubre de 2015). Este informe caracteriza las aguas en el área del depósito de estériles; se destacan las siguientes conclusiones:
- La calidad histórica del agua subterránea, en general, es mejor en los sectores ubicados en la sección aguas arriba del río Estrecho e inmediatamente aguas abajo del depósito de estériles.
 - Se observa un incremento significativo en las concentraciones desde la zona de la Línea de Pozos N°2, en el eje central de la cuenca, pero la información disponible evidencia que se debe a una situación natural no asociada al inicio del botadero.
 - Las líneas de pozos presentan variaciones a lo largo de su eje trasversal, mostrando una mejor calidad en el sector norte, efecto que probablemente se deba a la recarga lateral de aguas limpias provenientes de glaciares.
 - Todo evidencia que, en general, las condiciones históricas de calidad de agua subterránea se han mantenido luego del inicio de la ejecución del proyecto y después del inicio de depositación de material estéril en el botadero.

- No se observan variaciones significativas en el tiempo que den cuenta de una eventual pluma desde la base del Botadero. Por lo menos hasta la fecha del informe (septiembre 2015), no se observan aguas de contacto provenientes del depósito en los pozos ubicados en la naciente del río Estrecho, así como tampoco se detectan aguas de contacto provenientes del botadero en la zona de captura de las líneas de pozos N°1, N°2 ni en las cercanías del muro.
- g) Declaración testimonial de don Carlos Espinoza, de fecha 10 de marzo de 2016, quien compareció en calidad de testigo experto presentado por CMN. Se destacan los siguientes pasajes de su declaración, tomados de la transcripción que fue incluida a continuación de la Res. Ex. N°00355 de 25 de abril de 2016:

Dando respuesta a pregunta N°63 de las preguntas específicas (página 18 de la transcripción):

“(...) en la zona donde está ubicado Pascua Lama, particularmente esta zona B-C [indicando lámina 15 de las que empleó en apoyo a su declaración] es un sector que es mineralógicamente con aguas de mala calidad, por tanto, aguas arriba del cortafugas y aguas abajo, las aguas son de la misma calidad, del mismo tipo. Ya aguas abajo hay un punto, cerca del punto de monitoreo BT-3 aproximadamente, en donde esa zona mineralizada desaparece o se hace más tenue y la calidad del agua subterránea es de una calidad mucho mejor o más diferente.” (Énfasis agregado, relativo a lo alegado en los descargos presentados en la Contestación, esto es, que no correspondía efectuar la comparación de la calidad de las aguas con el pozo BT-3).

Dando respuesta a las preguntas 68 y 69 de la misma sección, esto es:

P: *“¿Los pozos de alivio son capaces de captar todo gravitacionalmente y derivar todo al sistema de contacto?”*

R: *“Sí.”*

P: *“¿No son sobrepasados [los pozos de alivio]?”*

R: *“No, porque están conectados a una tubería y la tubería tiene capacidad para sacar esa agua sin problemas”.*

P: *“Captarías y conducirías...”*

R: *“Sí, de hecho, es más podemos ver algunos niveles de agua por ejemplo, desde que está operando el sistema cortafuga, los niveles aguas abajo han bajado. El agua que antes escurría subterráneamente se corta y ahora está escurriendo hacia la CCR [BE-2] como aguas de contacto, entonces el pozo RE-17 que está justo aguas abajo del muro, que tiene historia antigua, uno ve los niveles cómo han cambiado.”*

Dando respuesta a pregunta 74 de la misma sección:

P: *“Pero si yo tomo por ejemplo el RE-8 y el RE-10, considerando las características del acuífero, básicamente, o la heterogeneidad donde está emplazado el acuífero, ¿son comparables unos con otros?”*

R: *“No, justamente son bien diferentes uno de otro, de hecho y mucho de esto es de haber ido entendiendo el sistema (...) Entonces cada pozo fue construido para conocer y muestrear las aguas de distinto origen.”*

Al respecto, resulta útil tener presente la larga y completa explicación que el testigo experto da respondiendo a las preguntas 72 a 83 inclusive, en donde, junto con el

material de apoyo preparado por él y por la SMA, se explica el funcionamiento del sistema de pozos de toda el área, respuestas que, debido a su extensión y complejidad, damos por íntegramente reproducidas en esta parte. Dicha explicación permite procesar y entender la información que fue aportada por CMN al dar respuesta al requerimiento de información contenido en el Resuelvo III N°1 de la Res. Ex. N°1191 del 17 de diciembre de 2015, entregada mediante Carta PL-20/2016, del 10 de febrero de este año.

Señala el testigo experto que algunos pozos toman muestras que permiten conocer agua para isótopos (y determinar su origen) y otros para verificar el comportamiento de la calidad de las aguas en relación con las obras. Lo anterior, es relevante en relación con la información entregada en los documentos que se indican en los numerales 4 y 5 anteriores, respecto de la información empleada para poder concluir la heterogénea composición originaria de los distintos acuíferos que se ubican en la zona circundante al muro cortafugas.

Respondiendo a la pregunta 80, el testigo se refiere a **los efectos locales generados por la construcción de una obra de intervención masiva como fue la excavación de la zanja cortafugas:**

“... es como una herida, durante la construcción del cortafuga se alteran esos entornos, para poder bombearlos y hacer una serie de obras (...) pero si uno mira los registros, empiezan paulatinamente a volver a una condición de más estabilidad.” Continúa explicando los efectos locales al responder la pregunta 82:

P: *“Entonces la misma construcción del muro cortafuga, que está llamada a independizar el comportamiento aguas arriba y aguas abajo, generó una perturbación, digamos puntual, que se está sintiendo aguas abajo.”*

R: *“Sí y aguas arriba y aguas abajo, si bien son efectos locales; no es que esto se haya expandido en otra dirección, sino que lo que se llama efectos locales, porque el sistema, si uno sigue un poquito aguas abajo, están los pozos BT [que] son pozos surgentes ... aquí están los pozos BT-1, BT-2, BT-3, son sistemas surgentes, entonces un sistema surgente donde termina esta zona de congelamiento, el agua surge, entonces esta zona actúa como una especie de barrera hidráulica natural, o sea, el agua ascendente independiza lo que está pasando arriba. (...) en el largo plazo [el RE-17] va a alcanzar nuevamente un nivel de estabilidad, pero hoy día está con perturbaciones que tienen que ver con las obras que se realizaron”*

Más adelante, respondiendo a las preguntas 101 a 103, que se refieren al **vacío de datos provenientes de la línea L4**, previo al mes de enero de 2013, el Sr. Espinoza responde:

“Claro, si no tienes datos no puedes tomar acciones. Ahora de nuevo, mi entendimiento del sistema y de haber leído los argumentos técnicos es que el sistema de L4 particularmente, esta línea de contingencia, el objetivo es hacerse cargo de las contingencias, consideradas filtraciones del botadero. Pero principalmente el botadero hoy día tiene un porcentaje de construcción menor³⁵,

³⁵ En efecto, habiendo alcanzado a realizar obras de remoción y depositación de estériles sólo desde mayo a fines de octubre del 2012 (la actividad de pre stripping se paraliza el 31 de octubre de 2012, en atención a procedimiento

los pozos que están cerca del botadero no han mostrado ningún cambio en calidad, lo que significa que no hay una pluma. Estamos hablando ya aguas arriba". (Al respecto, ver conclusiones de Informe sobre efectos del botadero sobre calidad de aguas, a la que nos hemos referido en el punto 5 anterior).

En la misma línea se dan las respuestas a las preguntas 107 y 108:

P: "Si mi compromiso ambiental va asociado a un pozo que es la línea 4 ¿me sirve tener las informaciones de los otros pozos del RE-17 para efectos de verificar si es que..."

R: "De todas maneras, o sea toda la información es útil..."

P: "¿Son comparables? ¿Son extrapolables uno con otro?"

R: "No son traspasables, no es que esta calidad del RE 17. (...) tienen distintos orígenes. Mi punto es que la línea de pozos L4 por ejemplo, lo que hoy día uno está viendo en esa línea no son filtraciones de aguas de contacto, lo que está viendo es los cambios en la calidad del agua en ese sector post construcción de la obra y post construcción del sistema de canales perimetrales que en el fondo deja de haber una recarga, deja de haber una dilución..." (Énfasis agregado). Continúa y remarca la idea en la respuesta a la pregunta 109: "Por eso que el punto acá es que la obra en este caso zanja, más perimetrales aguas debajo de la línea de pozos L4 al RE-17 hace que esa zona esté desde el punto de vista de calidad relativamente alterada, pero aislada."

Más adelante, en la pregunta 149, la Fiscal Instructora pregunta, en un ejercicio teórico relacionado con una hipótesis de filtración de drenajes ácidos generados por el depósito de estériles y considerando la velocidad de viaje de las aguas subterráneas:

"si el botadero hubiese lixiviado sustancias ácidas desde el momento en que empezó a disponerse, qué distancia podría haber recorrido hasta el día de hoy. Si efectivamente se hubiese generado ¿lo estaríamos viendo en las líneas de pozos o en realidad probablemente no? A lo que el testigo responde que probablemente no. Ello, teniendo presente no sólo la calidad de la filtración sino la cantidad de material estéril que alcanzó a ser depositada en el botadero. De esta manera, el botadero en su actual situación "no ha generado ni el potencial drenaje ni tampoco tiene la extensión como para, en cantidad de agua, ser detectado en la línea de pozos L1. De hecho, están los pozos RE-6 y RE-1, hay varios pozos que están más cerca, que están, desde el punto de vista práctico, iguales a cómo estaban antes, no muestran ninguna pluma en que podría avanzar este tema. (...) hoy día ninguno de los pozos que potencialmente podría estar recibiendo filtraciones muestra cambios lo que significa que, al menos desde el punto de vista de viaje de las filtraciones, no ha dado tiempo para que llegue a estos puntos. Y eso es en parte porque el botadero todavía no está metido en la zona del aluvial, está metido en el sistema fracturado que es mucho más lento el tiempo de viaje. El aluvial, una vez que se instala encima, es una vía preferencial más rápida". (Énfasis agregado).

iniciado por SERNAGEOMIN, no en diciembre 2012 como erróneamente se señala en la pregunta 103), se alcanzó a depositar un total aproximado de 12 millones toneladas de lastre removido en el botadero Nevada Norte, lo que equivale a menos de un 1% del total de capacidad de dicha instalación (capacidad calculada para 1.492 millones de toneladas). Fuente: Plan de Cierre Temporal aprobado por Resolución Exenta N°2418 del SERNAGEOMIN, de fecha 29 de septiembre de 2015. Esta resolución fue acompañada a requerimiento del representante de los interesados "Agrícola Dos Hermanos" y "Agrícola Santa Mónica", mediante Of. Ord. N°2188 de 4 de noviembre de 2015, del SERNAGEOMIN.

Pasando a otro tema, durante la diligencia se abordaron latamente los **aspectos constructivos del muro**, cuestión que se trata en las preguntas y respuestas 110 a 132 inclusive, y en la dada a la pregunta 139.

Por su extensión y complejidad, damos por íntegramente reproducidas dichas respuestas en esta parte. En ellas, el testigo comenta, de acuerdo con su reconocida experiencia y pericia, acerca de los estándares con que esta obra de ingeniería fue diseñada y construida, coincidiendo con lo alegado en el escrito de Contestación y los informes acompañados a éste. Esto es, que el muro fue diseñado de acuerdo a criterios reconocidos, encargado a empresas de ingeniería reconocidas y certificadas.

Asimismo, el muro fue construido siguiendo el diseño (respuestas 110, 111, 119). Y, en aquellos casos en que la construcción se apartó del diseño (por ejemplo, respecto de las distintas profundidades de la pared moldeada en función de la calidad de la roca que fue encontrándose), tales situaciones se justifican, ajustándose también a criterios de competencia del material hallado en la base (respuestas 119, 120, 121). Más adelante, en la respuesta 139, el testigo declara que:

“la mejor prueba entre comillas de fortaleza del muro son los documentos de construcción, los documentos que te garantizan la QA/QC de la construcción.”

Durante la diligencia, se preguntó al Sr. Espinoza (en su calidad de testigo experto), acerca de la **factibilidad técnica de efectuar un análisis con trazadores** (preguntas 138 a 143). El testigo también se había referido a este tema en la respuesta dada a la pregunta 131. En las respuestas, el testigo descarta la utilidad de este tipo de prueba para verificar la estanqueidad de la obra. De hecho, señala que este tipo de pruebas presentan utilidad cuando se está frente a una hipótesis de filtración de la obra, no para probar su estanqueidad:

“los trazadores son pruebas para detectar pasos de flujo, pero no para decir: ah, esto es impermeable.”

Para tal propósito, se debería infiltrar toda la zona aguas arriba del muro con trazadores altamente concentrados, en un estudio a largo plazo (varios años), con alta probabilidad de no detectar nada. Esta parte de la declaración se relaciona con la sugerencia efectuada por el Tribunal Ambiental contenida en el Considerando Centésimo undécimo, acerca del uso de trazadores aguas arriba de la zanja, para su seguimiento aguas abajo.

6.3 Alegaciones y acusaciones efectuadas por los interesados respecto de este hecho infraccional.

Los únicos interesados que se refieren expresamente al hecho infraccional descrito en el cargo 23.14, son los miembros de las “Comunidades del Valle del Huasco” (en adelante las “Comunidad”) en su presentación de fecha 13 de mayo de 2013.

A continuación nos referiremos a cada una de las alegaciones contenidas en dicha presentación respecto de este cargo, y a los antecedentes que obran en el proceso que se refieren a éstas.

6.3.1 Ha sido acreditado en el procedimiento sancionatorio que no se ha producido el supuesto fáctico para proceder a exigir la obligación contenida en el numeral 9.17 de la RCA 24/2006 como pretenden sostenerlo los terceros interesados.

Al respecto, de conformidad con (i) la Minuta Calidad de Agua Subterránea Aguas Abajo del Muro Cortafugas, preparado por Hidromas, 15 de septiembre de 2015, (ii) el Informe sobre los efectos del Botadero en la calidad de las aguas (Hidromas, Carta PL-0146/2015), (iii) la información entregada por CMN mediante Carta PL-20 de 10 de febrero de 2016, en respuesta al requerimiento contenido en el Resuelvo III N°1 de la Res. Ex. N°1191 de 17 de diciembre de 2015 y (iv) lo declarado por el testigo don Carlos Espinoza en diligencia testimonial del 10 de marzo de 2016, es posible afirmar que:

- El material estéril depositado en el Botadero Nevada Norte no ha generado drenaje ácido.
- Las líneas de pozos destinadas a la captación de drenajes provenientes del botadero no han mostrado variación en sus calidades.
- No se ha generado una pluma de aguas de contacto de mala calidad aguas abajo del muro cortafugas.
- La información recopilada aguas abajo del muro cortafugas demuestra que no ha habido cambios en calidad natural de las aguas, en los distintos acuíferos que conforman el sistema de aguas subterráneas de la zona; no existiendo evidencia alguna de filtración de agua proveniente del sector del botadero de estériles a través del muro cortafugas.

Todo lo anterior conduce a una única conclusión: **no se ha producido el supuesto fáctico para exigir la obligación contenida en el numeral 9.17 de la RCA 24/2006.**

6.3.2 CMN ha acreditado lo requerido por los terceros interesados, esto es, que los pozos monitoreados se encuentran en un estado naturalmente ácido, que la información de los pozos L4 da cuenta de un efecto puntual, temporal y en retroceso en las calidades de la zona del muro; y que la información que arrojan los pozos L4 no dice relación con las calidades del agua de la zona del botadero.

Alega la Comunidad que, si CMN sostiene que los pozos monitoreados se encuentran en un estado naturalmente ácido, debió haber acreditado dicha situación y no meramente afirmarlo como lo hace en sus descargos.

Al igual que en el caso anterior, de conformidad con la información entregada en los Informes preparados por los consultores expertos así como lo declarado por el testigo

don Carlos Espinoza en diligencia testimonial del 10 de marzo de 2016, es posible afirmar que:

- La zona en donde se emplaza el muro cortafugas es una zona mineralizada que presenta aguas de deficiente calidad (naturalmente ácidas).
- La construcción de una obra de excavación masiva como fue la construcción de la zanja cortafugas, generó una perturbación en el área, la que se manifiesta en la información de la línea de pozos L4, pero desaparece pocos metros aguas debajo de esta zona, evidenciando un efecto temporal y transitorio.

Lo anterior permite dar por acreditada la alegación contenida en los descargos de mi representada en cuanto a que (i) los pozos se encuentran en una zona naturalmente ácida, (ii) la información de los pozos L4 da cuenta de un efecto puntual, temporal y en retroceso en las calidades de la zona del muro; (iii) la información que arrojan los pozos L4 no dice relación con las calidades del agua de la zona del botadero, lo que demuestra que no dan cuenta de filtración alguna que conduzca a la exigibilidad de la obligación del numeral 9.17 de la RCA.

6.3.3 CMN ha acreditado que no corresponde comparar la información obtenida desde los pozos L4 con la información arrojada por los pozos BT3, por cuanto informan acerca de calidades de aguas provenientes de distintos acuíferos y que son afectadas por circunstancias diferentes entre sí, lo que las hace incomparables.

Continúa la Comunidad señalando que el descargo de la empresa consistente en que no procede la comparación de pozos que efectuó la SMA no tiene asidero alguno por cuanto no corresponde que sea el infractor quien determine cómo ni cuándo se ejerce la facultad fiscalizadora, lo que es atribución pública privativa de la SMA para estos efectos. A mayor abundamiento, dicha alegación no encontraría respaldo en las disposiciones de la RCA 024/2006, específicamente en el Considerando 7.1.a2.

Al respecto, de conformidad con la información entregada en los Informes preparados por los consultores expertos así como lo declarado por el testigo don Carlos Espinoza en diligencia testimonial del 10 de marzo de 2016, es posible afirmar que no corresponde comparar la información obtenida desde los pozos L4 con la información arrojada por los pozos BT3, por cuanto informan acerca de calidades de aguas provenientes de distintos acuíferos y que son afectadas por circunstancias diferentes entre sí, lo que las hace incomparables.

En cuanto a la referencia que la Comunidad hace al Considerando 7.1.a2 de la RCA, basta la sola lectura de la "TABLA PUNTOS DE MONITOREO RÍO EL ESTRECHO/BARRIALES/EL TRANSITO" que se inserta en dicho considerando, para concluir que no se encuentra incluida la línea de pozos L4.

En conclusión, los antecedentes aportados por CMN durante el curso de este procedimiento de sanción, permiten descartar las alegaciones efectuadas por la Comunidad en su presentación del 13 de mayo de 2016.

6.4 Antecedentes generados por SMA. Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas en relación con los puntos de prueba número 1 y 3.

6.4.1 CMN ha acreditado en relación con el punto de prueba número 1, que no es necesario profundizar el muro cortafugas.

En la Resolución 1191, se fijaron como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos respecto de los cuales la SMA consideró necesario generar prueba, la "*Necesidad de profundización del muro cortafugas*" (punto de prueba número 1).

En conexión con este punto de prueba, en el Resuelvo III N°1 se requirió a CMN acompañar la información que en éste se indica, que se resume en:

- a) Perfiles de habilitación más las respectivas columnas geológicas para los pozos de monitor WELL-2, pozos de la línea L4, RE-15 (Well-1), G2014-03P y G2014-03S.
- b) Datos históricos de calidad de aguas para los pozos, parámetros que en la Resolución se indican, con la duración, frecuencia y unidades que en ella se señalan.

La información solicitada fue remitida mediante Carta PL-20/2016, de fecha 10 de febrero de 2016. En relación con estos antecedentes, ellos deben ser analizados en conjunto con las demás pruebas aportadas al proceso, en particular, las declaraciones del testigo experto don Carlos Espinoza, y los documentos que fueron elaborados por la consultora Hidromas (a los que nos hemos referido en los numerales 4 y 5 del acápite que enumera los antecedentes aportados al proceso en relación con este cargo).

Analizados en su conjunto, todos estos antecedentes permiten concluir que:

- En la zona donde se ubica el sistema cortafugas existen áreas que naturalmente presentan aguas de calidad muy diversa, encontrándose el muro precisamente construido sobre una zona de alta mineralización.
- La construcción misma de la obra (excavación masiva) generó un efecto puntual, acotado y temporal en el área del muro, el que se muestra en recuperación.
- La información de calidad de las aguas ubicadas aguas arriba y aguas abajo del muro permite descartar un efecto de filtración (o más aún de una pluma) a través del muro, de aguas provenientes desde el botadero al sector aguas abajo.

- Las aguas de contacto (contacto con un depósito que está ocupado en menos de un 1% de su capacidad), son capturadas por las líneas de pozos, siendo especialmente relevante el rol de los pozos de alivio, y conducidas fuera del área del botadero hacia la bocatoma BE-2, desde donde son hoy conducidas a las piscinas de acumulación.

6.4.2 En cuanto al punto de prueba número 3 ha sido acreditado que no se ha generado drenaje ácido de roca proveniente desde el botadero Nevada Norte ni que haya habido algún evento de filtración de aguas de mala calidad provenientes del botadero.

En relación con el punto de prueba N°3, en el Resuelvo III N°3 de la Resolución 1191 se solicita a la División de Fiscalización de la SMA que realice una evaluación de riesgo a la salud de la población, para determinar la aplicación del literal b) del artículo 40 de la LOSMA.

Si bien este punto de prueba se refiere a todos los hechos infraccionales contenidos en la Formulación de Cargos relacionados con el sistema de manejo de aguas de contacto y no contacto, debemos descartar su relación con el Cargo 23.14 en razón de lo siguiente:

- En primer lugar, de la información que obra en este proceso podemos afirmar que no se ha generado drenaje ácido de roca proveniente desde el botadero Nevada Norte.
- En segundo lugar, de la información que obra en este proceso podemos afirmar que no existe antecedente que permita concluir que existió o ha existido algún evento de filtración de aguas de mala calidad proveniente del botadero Nevada Norte que, pasando a través del muro cortafugas, hayan podido afectar la calidad de las aguas subterráneas aguas abajo de la pantalla cortafugas. A mayor abundamiento, los antecedentes proporcionados por esta parte permiten descartar dicha conclusión.
- Sin perjuicio de lo anterior, la Minuta Técnica DFZ señala que la evaluación se realiza en particular respecto del Cargo 23.9, esto es, la falta de activación de los planes de respuesta del sistema de alerta de calidad de agua, el cual se remite a las calidades de agua que son monitoreadas en el río del Estrecho, en puntos de monitoreo de agua superficial.
- Relacionado con lo anterior, la evaluación de riesgos para la salud de la población se hace respecto de las calidades observadas en el punto NE-8, que es un punto de monitoreo de calidad de agua superficial, emplazado más de 30 kilómetros aguas abajo del muro cortafugas.
- La información acompañada a este proceso da cuenta que las calidades de agua subterránea no han mostrado variación en la zona aguas debajo del muro cortafugas, muchos kilómetros aguas arriba del punto NE-8.

Por lo anterior, *no existen antecedentes que permitan señalar fehacientemente que se generó riesgo para la salud de la población como consecuencia del hecho infraccional contenido en el Cargo 23.14.*

III. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RESOLUCION EXENTA N°107 DE 31 DE ENERO DE 2013 (LA "RESOLUCIÓN 107").

1. INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN, SEGURIDAD Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL RESUELVO I DE LA RESOLUCIÓN 107/2013, QUE BUSCABAN IMPEDIR LA CONTINUIDAD DE PRODUCCIÓN DE RIESGO A CAUSA DE LOS HECHOS DENUNCIADOS. HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 24.1, 24.2 Y 24.3.

Los cargos imputados a esta parte en los numerales 24.1), 24.2) y 24.3) de la resolución 107, fueron formulados en los términos siguientes:

"24.1 La limpieza ordenada en el numeral 1 del punto I del Resuelvo Primero de la Resolución 107, concluyó fuera de plazo. Asimismo, la referida medida ordenaba que un experto debía supervisar la ejecución de ésta, informando a la Superintendencia diariamente del estado de avance, particularmente, del estado en que se encontraban las especies que conformaban las vegas afectadas, cuestión que no sucedió, dado que el experto no informó sobre las especies de flora presentes en dichas vegas".

"24.2 El plan temporal ordenado en el numeral 2 del punto I del Resuelvo Primero de la Resolución 107 no cumple con el objeto de conocer la calidad de las aguas que ingresan a la CCR con un desfase máximo de 48 horas con respecto a su eventual descarga al río Estrecho. En efecto, los resultados de monitoreos propuestos se entregaron en un plazo posterior a 48 horas".

"24.3 No presentar el plan de contingencia ordenado en el numeral 3 punto I del Resuelvo Primero de la Resolución 107. En efecto, los antecedentes entregados por Compañía Minera Nevada SpA, bajo el título de plan de contingencia, proponían una modificación de las condiciones establecidas en la RCA, no correspondiendo a esta Superintendencia pronunciarse sobre éstas. Asimismo, dichas obras no implicaban un reforzamiento inmediato a la Obra del Canal Perimetral Norte Inferior, y su extensión hasta la Piscina de Sedimentación Norte."

Los hechos materia de los cargos fueron aceptados, en general, mediante escrito de Contestación, con las limitaciones que en cada caso se refieren, más adelante³⁶.

1.1. Alegaciones y Defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 24.1 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica.

³⁶ Los hechos descritos fueron calificados en el Considerando 46.3) de la Formulación de cargos como "infracciones graves" pues, en concepto del fiscal instructor, ellas importan no haber acatado medidas urgentes dispuestas por la SMA en virtud de lo dispuesto en el art. 36 N° 2 letra f) de la LOSMA.

Respecto de los hechos constitutivos de infracción referidos en el cargo 24.1 se ha probado (a) que el plazo para efectuar la limpieza fue determinado sin oír a la DFZ, sin que CMN haya tenido ninguna intervención y el retraso a que se alude, si bien existió, fue advertido por los especialistas; y (b) que la calidad e integridad de los reportes del experto, no constituyen acciones que estén bajo el control de CMN.

1.1.1. El plazo para efectuar la limpieza fue determinado sin oír a la DFZ, sin que CMN haya tenido ninguna intervención y el retraso a que se alude, si bien existió, fue advertido por los especialistas.

Como es de su conocimiento, el plazo de 10 días para ejecutar la medida que debía ser contado desde la notificación de la Resolución 107, fue determinado sin ninguna intervención de esta parte y sin contar con una opinión técnica experta que pudiera avalar la razonabilidad de la exigencia que se imponía.

Más aún, la determinación del plazo no tomó en consideración lo informado por la División de Fiscalización y Sanción que en su Memorandum N°22 de 31 de enero de 2013 propuso entregar a la empresa ***“un plazo de 5 días para presentar un cronograma de las actividades”***, alternativa que hubiera permitido tomar una decisión ajustada a criterios de razonabilidad sobre los tiempos necesarios para ello.

Sin embargo, en la Resolución 107 -dictada el mismo 31 de enero de 2013 y notificada al día siguiente- ignoró la propuesta de la DFZ y dispuso, lisa y llanamente, un plazo de 10 días para completar la medida de limpieza, requiriendo la presencia permanente de un experto en la zona.

Conviene recordar que dicha Resolución se notificó el día viernes 1° de febrero, estimando la División de Sanción y Cumplimiento que era exigible a contar del día siguiente, esto es, a partir del sábado 2 de febrero de 2013, aun cuando fuera un día inhábil para efectos de contabilización de plazos.

Como consecuencia, se exigió a mi representada que en el plazo de un día contratara los servicios de uno o más expertos, quienes debían llegar a la faena minera (cuyo campamento se encuentra a más de 3.500 msnm y cuya área de trabajo entre 3.500 y 5.400 msnm) y comenzar a ejecutar de inmediato las labores, las que debían concluir en un máximo de 10 días, plazo determinado sin sujeción a ningún estándar técnico ni de razonabilidad.

Hacemos presente que los correos enviados por los expertos a la fiscal instructora advirtieron sobre la necesidad de contar con un tiempo mayor, aunque ellos no solo no fueron respondidos, sino que tampoco fueron tomados en consideración al momento de formular el cargo relacionado. En efecto, la carta PL-0029/2013 fechada el 15 de febrero de 2013 que acompañó como anexo el ***“Informe Parcial de Monitoreo Ambiental Alud En Sector Río Estrecho Proyecto Pascua Lama”***, contiene la evaluación de los expertos sobre el punto, quienes, en su momento, informaron a la SMA que:

“Considerando que a grandes rasgos la faena involucra a lo menos dos fases (obra gruesa, obra final), y que la última implica mayor esfuerzo horas/hombre. El profesional asesor en biodiversidad contempla un plazo de 21 días como periodo estimativo de finalización de obras, este plazo aproximado considera la acción de factores intrínsecos tales como personal involucrado en las faenas, como también factores extrínsecos entre los que destaca el concerniente a variables climáticas durante las tareas en terreno”.

En la misma misiva se agrega que:

“[...] en todo momento han establecido las directrices del trabajo en terreno sin inconveniente alguno, encontrando una retroalimentación positiva con el personal que ejecuta las labores. Se estima que las labores se han ejecutado de manera coherente y efectiva durante todo el periodo anterior y hasta la fecha” [lo destacado es nuestro]

No obstante el retraso, las labores de retiro de material y limpieza se efectuaron con el máximo cuidado e incluso manualmente como se da cuenta en los reportes de los expertos, lo que necesariamente implicó un mayor tiempo, pues el haber incorporado mayor maquinaria pesada o más cantidad de personas, con el solo objetivo de cumplir con el plazo estipulado, evidentemente podría haber causado mayores daños en ese sistema.

El reporte final incorporado mediante carta PL-0047/2013 de 4 de marzo de 2013, dio cuenta a la SMA de la conclusión de las labores de limpieza, describiendo el trabajo realizado, temporalidad, la noticia de término y el éxito de la misma. Lo anterior muestra que el objetivo perseguido se logró, pese al retraso que se reprocha a esta parte.

Hacemos presente que mediante carta PL-060/2016, se acompañaron a la SMA las copias de los correos electrónicos enviados por los consultores expertos a la entonces fiscal instructora los que, a su vez, acompañaban el Informe del **Avance de las Labores, Estado y Caracterización de Especies**, como también los informes de monitoreo respectivos.

1.1.2. La calidad e integridad de los reportes del experto, no constituyen acciones que estén bajo el dominio de CMN.

Uno de los reproches contenidos en el cargo en análisis consiste en que el experto que debía supervisar la ejecución de la medida *“informando a la Superintendencia diariamente del estado de avance, particularmente, del estado en que se encontraban las especies que conformaban las vegas afectada”* no lo hizo *“dado que el experto no informó sobre las especies de flora presentes en dichas vegas”*.

Por evidente que sea, conviene reparar en que tanto la calidad como la integridad de los reportes del experto son variables cuyo cumplimiento está fuera del control de CMN y, en consecuencia, no le son imputables. Es más, tales atributos (calidad e integridad de la información) responden a categorías más o menos subjetivas que no corresponde

calificar a CMN y sobre las cuales no puede descansar, *stricto sensu*, la imposición de una sanción.

A este respecto, conviene recordar que un principio limitador del *ius puniendi* estatal es el principio de culpabilidad, según el cual no corresponde hacer responsable a una persona por las acciones u omisiones de un tercero, salvo casos expresamente establecidos en la ley.

Si bien la conclusión anterior debería ser suficiente para exonerar a CMN de cualquier responsabilidad sobre este asunto, cumplimos con apuntar, adicionalmente, que en variados correos el experto hizo referencia a las especies de flora y fauna encontradas en el área, así como también existen informes de monitoreo que tuvieron tales especies como objeto de estudio.

Como es posible observar todos los antecedentes relacionados dan cuenta de la inexistencia de efectos dañinos, la nula generación de riesgo, la ausencia de control sobre las acciones de un tercero y, en consecuencia, la total falta de intención de mi representada en la ocurrencia de los hechos calificados como infracción.

1.2. Alegaciones y Defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 24.2 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica.

En relación con esta imputación es necesario que la autoridad estime que la obligación de entregar la información en el plazo impuesto de 48 horas es, en la práctica, imposible de cumplir. No hay laboratorios que permitan responder a un requerimiento de este tipo en el plazo que se exigió a CMN, con lo que, en términos prácticos, se expuso a nuestra compañía al incumplimiento.

Ahora bien -como hemos hecho presente con anterioridad en el escrito de **Evacúa Traslado** de esta parte-, el plan temporal sí permitió conocer la calidad de aguas que ingresaban a la CCR, cumpliéndose con ello plenamente el objetivo de la Resolución 107, aunque en un plazo mayor al originalmente estipulado.

Lo señalado pone de relieve que, en el peor de los casos, estamos en presencia de una infracción que no ha generado daño ni riesgo y respecto de la cual no se ha probado en ningún momento la existencia de intencionalidad de aquella que exige la aplicación de los literales d) y f) del artículo 36 numeral 1). Del mismo modo, pese a que la entrega de la información constituyó un requerimiento de la SMA, no puede señalarse que se haya tratado de uno de carácter urgente.

1.3. En relación con el hecho descrito en el numeral 24.3 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica.

Tal como se ha hecho presente con anterioridad por esta parte, el Plan de Contingencia presentado tuvo por único objeto evitar, como es obvio, una contingencia mayor que la ocurrida, realizando las obras que fueran estrictamente necesarias para ello.

Al respecto, el juicio de la autoridad consistente en que *los “antecedentes entregados (...) bajo el título de plan de contingencia, proponían una modificación de las condiciones establecidas en la RCA”*, **confirman lo señalado en el sentido que el plan sí fue presentado y que lo que se critica, en realidad, es su contenido.**

La afirmación encaminada a señalar que las propuestas *“proponían una modificación de las condiciones establecidas en la RCA”* envuelve una calificación de tipo jurídico que, aún en el caso de que sea correcta, no desmiente el hecho de que el plan sí fue presentado.

Llamamos la atención, además, sobre un hecho que resulta paradójico: si bien la SMA recibió el Plan de Contingencia y lo rechazó –rechazo que además sirvió para fundamentar el cargo en análisis- dictó a continuación, el 24 de mayo de 2013, la Resolución 477 que ordenó la ejecución de obras urgentes y transitorias (lo que hoy se conoce como Fase 1) las que, salvo detalles menores, **coinciden casi totalmente con el diseño de las obras propuestas en el Plan de Contingencia a que nos referimos.**

Si bien los hechos que fundamentan el presente cargo fueron reconocidos, resulta igualmente efectivo que no debe considerárseles constitutivos de infracción, pues es evidente que la SMA sí recibió el citado plan y que el reproche es a su contenido, el que no se encuentra regulado específicamente y es, en buena parte, coincidente con las medidas ordenadas por la propia SMA más tarde. Nuevamente, es posible observar que no existe en el presente caso consecuencia dañosa o riesgo alguno, ni intencionalidad que pueda reprochársele a esta parte sobre la base de ningún antecedente generado en este procedimiento.

1.4. Alegaciones y defensas presentadas respecto de los hechos infraccionales 24.1, 24.2 y 24.3 en su conjunto.

1.4.1 Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos descritos en los considerandos 24.1 a 24.3 corresponde a una única exigencia relativa al potencial incumplimiento de medidas de corrección, seguridad y control.

Tal como se indicó en el escrito de Evacúa Traslado, los hechos descritos en los considerandos 24.1 a 24.3 responden todo ellos a una única exigencia, relativa al potencial incumplimiento de **“medidas de corrección, seguridad y control”** a que se refiere el artículo 48, letra a) de la LOSMA, que buscan impedir la continuidad de producción de riesgo a causa de los hechos autodenunciados por mi representada.

La consideración de estas exigencias de manera aislada e independiente acarrearía la eventual aplicación de tres sanciones distintas, lo que implicaría una desproporción evidente pues, en realidad, el único reproche que puede hacerse a CMN es no haber

cumplido a satisfacción de la Superintendencia diferentes aspectos de las medidas ordenadas con miras a la continuidad de producción de riesgo (en dos casos el reproche tiene que ver con la oportunidad, en tanto que en el tercero existe descuerdo en cuanto al contenido de lo solicitado).

En este punto, solicitamos al Sr. Fiscal Instructor, dar por reproducidos los pasajes relativos a la alegación sobre *non bis in ídem*, así como aquellos que se refieren a estos hechos en particular, que se leen en las páginas 45 a 46, ambas inclusive, del escrito Evacúa Traslado.

1.4.2 Constan en el proceso los siguientes antecedentes que dan cuenta de las alegaciones de esta parte:

- a) Correos electrónicos entre los expertos en biodiversidad, Sres. Rodrigo Villalobos, Sergio Araya, Rodrigo Pino y Sra. Verónica López, en la que constan los reportes diarios enviados a la entonces fiscal instructora doña Andrea Masuero entre los días 7 de febrero a 1 de marzo de 2013.
- b) Informe de monitoreo biológico de zona afectada por alud en río Estrecho. Proyecto Pascua, efectuado entre los días 9 y 13 de febrero 2013.
- c) III informe parcial de monitoreo ambiental alud en sector río Estrecho. Proyecto Pascua Lama, elaborado por el Sr. Ricardo Pino Riffo. Febrero de 2013. Dicho informe se refiere a los aludes ocurridos durante el mes de enero de 2013, que afectaron zonas de laderas y vegas.
- d) Informe de línea base biológica afectada por el alud en sector río Estrecho. Proyecto Pascua Lama, elaborado por el Sr. Rodrigo Villalobos Aguirre. Febrero de 2013.
- e) Informe de línea base biológica afectada por el alud en el sector río Estrecho. Proyecto Pascua Lama, elaborado por los Sres. Rodrigo Villalobos y Sergio Araya. Febrero 2013.
- f) IV Informe parcial monitoreo ambiental alud en sector río Estrecho. Proyecto Pascua Lama, elaborado por la Sra. Verónica López. Febrero de 2013.
- g) Informe parcial de monitoreo ambiental alud Pascua Lama, elaborado por el Sr. Ricardo Pino Riffo.
- h) Informe final de recuperación zona afectada por el alud en sector río Estrecho. Proyecto Pascua Lama, elaborado por los Sres. Rodrigo Villalobos, Ricardo Pino, Verónica López y Sergio Araya. Marzo de 2013
- i) Informe final recuperación zona afectada por el alud en sector río Estrecho. Proyecto Pascua Lama, elaborado por los Sres. Rodrigo Villalobos, Ricardo Pino, Verónica López y Sergio Araya. Abril de 2013
- j) Set de 4 fotografías correspondientes al 14 de febrero de 2013.
- k) Set de 4 fotografías, tomadas por la Sra. Verónica López, con fecha 21 de febrero de 2013.
- l) Curriculum Vitae de Sergio Araya Díaz.
- m) Curriculum Vitae de Ricardo Pino Riffo.
- n) Curriculum Vitae de Rodrigo Villalobos Aguirre.
- o) Curriculum Vitae de Verónica López.

1.5. Antecedentes generados por la SMA. La Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas.

Si bien ya hemos señalado que no existe antecedente alguno en el procedimiento que dé cuenta de una intención positiva destinada a cometer alguna de las infracciones que se imputan a esta parte, nos parece conveniente referirnos, a riesgo de ser reiterativos, a la Resolución 1191 de la SMA, que en su numeral 6) fijó como uno de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos la "**Intencionalidad en la comisión de ciertas infracciones**".

En relación con lo señalado, el Resuelvo III N°3 de la Resolución 1191 ordenó se citara a declarar a funcionarios, ex-funcionarios o consultores ambientales de CMN SpA, en particular a los Sres. Eduardo Flores Zelaya, Jaime Antonio Solari Saavedra, Sergio Fuentes Sepúlveda, Manuel Tejos y a las Sras. Alejandra Vial Bascuñan y Susan Henry Henry.

Si bien se llevaron a cabo las declaraciones en las fechas estipuladas por la SMA quedando constancia de ellas en actas respectivas y en la Res. Ex. N° 355 de 25 de abril de 2016 de la SMA, no se indagó en torno a la eventual intencionalidad en la comisión de las infracciones a la Resolución 107.

Lo anterior -sumado al análisis del resto de los antecedentes contenido en los numerales anteriores-, permite descartar la agravante de intencionalidad, pues como ya hemos apuntado, no existe antecedente alguno en el expediente administrativo que permita atribuirle ésta a nuestra representada.

2. INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE MONITOREO Y ANÁLISIS DE CALIDAD DEL AGUA, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL RESUELVO II DE LA RES. EX. 107/2013. HECHOS CONSIGNADOS EN LOS NUMERALES 24.4, 25.5 Y 24.6 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.

Los cargos imputados a esta parte en los numerales 24.1), 24.2) y 24.3) de la resolución 107, fueron formulados en los términos siguientes:

"24.4 Los monitoreos ordenados en el numeral 1 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución 107 no se realizaron en los puntos ahí indicados, y las muestras no fueron realizadas por entidades especialistas en la materia que no tengan relación contractual con el titular ni su matriz en los últimos dos años. No se acompaña acreditación del laboratorio que realizó del análisis de las muestras. Por último, los monitoreos no se realizaron diariamente entre días 2 de febrero y 3 de marzo, ambos del año 2013, periodo en que estaban vigentes las medidas.

"24.5 Las muestras de los monitoreos ordenados en los numerales 2 y 3 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución 107, no fueron realizadas por entidades especialistas en la materia que no tengan relación contractual con el titular ni su matriz en los últimos dos años. No se acompañaba acreditación del laboratorio que realizó el análisis de las muestras. Por último, los monitoreo no se realizaron diariamente entre los días 2 de febrero y 3 de marzo, ambos del año 2013, período en que estaban vigentes las medidas.

“24.6 La caracterización inicial de Flora, Vegetación y Fauna silvestre afectada que se ordenó realizar en el numeral 5 del punto 11 del Resuelvo Segundo de la Resolución 107, no cumple con criterios básicos de metodología para realizar dicha caracterización, y sus resultados en general no pueden ser validados por esta Superintendencia, toda vez que son incompletos, improbables, no están georeferenciados ni con representación espacial, entre otros problemas identificados.”

Los hechos materia de los cargos fueron aceptados, en general, mediante escrito de Contestación, con las limitaciones que en cada caso se refieren, más adelante.

2.1. Alegaciones y Defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 24.4 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. CMN sí presentó los informes de monitoreo.

Sin perjuicio de lo que se indica en el cargo, es dable señalar que CMN sí presentó los informes de monitoreo en el punto indicado en el resuelvo II, punto 2, numeral i), según consta de la lectura de las cartas PL-0035/2013, PL-0047/2013, PL-0057/2013, PL-0066/2013, PL-0069/2013 y PL-0077/2013. Asimismo, acompañó las acreditaciones del laboratorio ANAM, encargado del análisis de las muestras, con sus respectivos certificados originales, según consta en carta PL-0064/2016, de fecha 26 de mayo de 2016. Asimismo, es menester que el Sr. Fiscal Instructor considere que:

- (i) Como se alegó por esta parte en escrito de Evacúa Traslado, los muestreos correspondientes a los puntos ii), iii) y iv) del Punto 2, Resuelvo II de la Res. 107, no se efectuaron **por cuanto la planta de tratamiento de drenajes ácidos no estaba en operación al momento del inicio del monitoreo decretado por la medida y durante todo el periodo en el que duró la medida provisional.**
- (ii) Los muestreos se realizaron por personal capacitado de CMN, pues las condiciones en las cuales debió gestionarse la contratación de entidades especialistas fueron completamente desfavorables; CMN debió gestionar el cumplimiento de la medida, en días inhábiles y en época estival, lo que complicó significativamente la obtención del resultado ordenado.
- (iii) La Resolución 37, que justifica el cargo que se imputa a mi representada, se encontraba vigente recién desde el 21 de enero de 2013.
- (iv) Cabe señalar que los informes de laboratorio ANAM se encuentran incorporados a este procedimiento.
- (v) El monitoreo se llevó a cabo entre los días 4 de febrero a 5 de marzo de 2013, por 30 días corridos, periodo en que mi representada, razonablemente, entendió que se encontraba vigente la medida. Tal convencimiento se efectuó de completa buena fe en tanto, la notificación de la Resolución. 107 se realizó el día viernes 1 de febrero, tal como se ha señalado repetidamente, en opinión de CMN la medida se debía implementar al día hábil siguiente a la notificación resolución, esto es, el lunes 4 de febrero de 2013 y no antes.

Todo lo anterior, da cuenta de que CMN hizo significativos esfuerzos para cumplir en tiempo y forma en un marco extraordinariamente complejo y en el escaso tiempo otorgado por la autoridad. Debe repararse en que no se trata de un incumplimiento total, sino parcial que, en consecuencia, no impidió del todo acceder a la información solicitada por la SMA. Resulta evidente que los hechos constitutivos de infracción no ocasionaron daño, ni riesgo, ni tuvieron por objeto ocultar información o impedir el ejercicio de atribuciones de la Superintendencia pues, como se ha señalado, la información se entregó aunque, es claro, sin satisfacer por completo el requerimiento efectuado.

2.2. Alegaciones y Defensas en relación con el hecho descrito en el numeral 24.5 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica. CMN presentó los informes de monitoreo.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable señalar que CMN presentó los informes de monitoreo en el punto indicado en el resuelvo II, punto 2, numeral i), según consta en cartas PL-0035/2013, PL-0047/2013, PL-0057/2013, PL-0066/2013, PL-0069/2013, PL-0077/2013 y PL-0064-2016. Asimismo, es dable hacer presente lo siguiente:

- (i) Como se alegó por esta parte en el escrito de Evacúa Traslado, y tal como ya se ha señalado, los muestreos correspondientes a los puntos ii), iii) y iv) del Punto 2, Resuelvo II de la Res. 107, no se efectuaron dado que la planta de tratamiento de drenajes ácidos no estaba en operación desde el inicio del monitoreo decretado por la medida y durante todo el período en el que duró la medida provisional.
- (ii) Los muestreos efectuados debieron ser realizados por personal capacitado de CMN, debido a dificultades materiales y técnicas.
- (iii) El monitoreo se llevó a cabo entre los días 4 de febrero a 5 de marzo de 2013, por 30 días corridos, debido a que fue el período en que mi representada entendió que se encontraba vigente la medida. Dicha interpretación se efectuó de buena fe, en tanto la notificación de la Res. 107 se realizó el día viernes 1 de febrero, por lo que el día hábil siguiente estando en sede administrativa, es el lunes 4 de febrero de 2013, y no el sábado 2 de febrero de 2013.

Nuevamente, en nuestra opinión, la información da cuenta de que CMN hizo esfuerzos para cumplir en tiempo y forma en el escaso tiempo otorgado por la autoridad. Nuevamente, llamamos la atención sobre el hecho de que no se trata de un incumplimiento total, sino que parcial que, en consecuencia, no impidió del todo acceder a la información solicitada por la SMA. Resulta evidente que los hechos constitutivos de infracción no ocasionaron daño, ni riesgo, ni tuvieron por objeto ocultar información o impedir el ejercicio de atribuciones de la Superintendencia pues, como se ha señalado, la información se entregó aunque, es claro, sin satisfacer por completo el requerimiento efectuado.

2.3. Alegaciones y defensas en relación con el hecho descrito en el numeral 24.6 de la Formulación de Cargos y su calificación jurídica.

En relación con este cargo – consistente en que la caracterización básica de flora, vegetación y fauna silvestre no cumplió con criterios básicos de metodología- es necesario señalar que si bien los hechos que lo fundamentan fueron reconocidos, ellos no deben ser considerados constitutivos de infracción. En efecto, lo que se reprocha a CMN es, en primer lugar, el hecho de un tercero y, en seguida, el juicio implícito en el reproche envuelve una apreciación técnica de la SMA, que no corresponde a esta parte contestar.

Debe comprenderse que CMN no estuvo en control de las actividades realizadas por los expertos independientes y que, en consecuencia, no pueden reprocharse a la compañía las deficiencias técnicas que se observen en los informes evacuados por los mismos.

Al respecto, resulta por lo menos paradójico que se impute a mi representada el haber actuado directamente en los casos en que no encontró disponibilidad de expertos independientes (como se ha analizado precedentemente) y, al mismo tiempo, se le reproche la calidad, integridad u oportunidad de los resultados obtenidos por expertos independientes en los casos en que si pudo contratarlos.

El contar con expertos independientes tiene por objeto, justamente, evitar cualquier interferencia de la parte comprometida en la observación y sus resultados. Sin embargo, aún en este caso, se han formulado cargos a la compañía lo que es contrario al derecho y la lógica. **Por último, hacemos constar que los expertos dieron cumplimiento a lo ordenado bajo reporte y comunicación constante con funcionarios de esta Superintendencia.**

Demás está decir que el cargo que se imputa no ha producido riesgo ni daño y que, tratándose de la actuación de terceros independientes, no puede bajo ningún respecto calificarse como un actuar intencional de parte de CMN.

2.4. Alegaciones y defensas presentadas respecto de los hechos infraccionales 24.4, 24.5 y 24.6 en su conjunto.

2.4.1 Aplicación de artículo 60 LOSMA: Los hechos descritos en los considerandos 24.4 a 24.6 tienen un único propósito, y este es, generar información suficiente para que la Superintendencia pudiera tomar decisiones fundadas en el marco de sus competencias.

Mirar estos hechos de modo aislado importaría desagregarlos de modo artificial, aumentando desproporcionadamente la respuesta sancionatoria de la administración, frente a reproches todos relativos a la calidad, cantidad y oportunidad de la información generada por la compañía en momentos complejos y tiempos extraordinariamente acotados impuestos por la administración.

Como ya hemos hecho presente con anterioridad, la sanción independiente importaría la aplicación no ya de una doble, sino que de una triple sanción por unos mismos hechos, lo que vulnera el principio *non bis in ídem* y, más aún, el texto expreso del artículo 60 que impide a la SMA a aplicar a un infractor ***“por los mismos hechos y fundamentos jurídicos dos o más sanciones administrativas”***. Damos por reproducidos en este acto los pasajes relativos a la alegación sobre *non bis in ídem* en general, así como aquellos que se refieren a estos hechos en particular, que se leen en las páginas 46 a 47, ambas inclusive, del escrito Evacúa Traslado.

2.5. Antecedentes generados por la SMA. La Resolución 1191 y diligencias probatorias específicas.

Tal como se ha hecho presente, la Resolución 1191 dispuso en el resuelvo II, punto 6, como un hecho sustancial, pertinente y controvertido, la intencionalidad en la comisión de ciertas infracciones, sin especificar su contenido. En el Resuelvo III, N°3 de la misma, se ordenó citar a declarar a funcionarios, ex-funcionarios o consultores ambientales de CMN SpA. Las citadas declaraciones fueron registradas en las actas respectivas y en la Res. Ex. N° 355 de 25 de abril de 2016 de la SMA.

A este respecto conviene destacar que, si durante la secuela del procedimiento sancionatorio anterior a la dictación de la Resolución 1191 no existían antecedentes robustos y serios sobre una potencial intención maliciosa –al punto que éste fue una de los aspectos materia de la resolución de prueba dictada- y esta tampoco se generó con posterioridad en el período probatorio abierto para ello, resulta forzoso concluir que no existe mérito para establecer un reproche en contra de esta parte por concepto de una supuesta “intencionalidad” destinada a ocultar información o bien de impedir deliberadamente el ejercicio de las facultades de la SMA.

El actuar malicioso es una circunstancia que no cabe suponer, sino que debe probarse. A propósito de lo que señalamos, el reciente fallo de la Excelentísima Corte Suprema recaído en autos rol N° 25.931-2014³⁷, caratulados *“Sociedad Eléctrica Santiago SA con Superintendencia del Medio Ambiente”*, dispuso en su considerando primero que *“en el procedimiento sancionatorio no se discutió y obviamente, tampoco se estableció un actuar doloso de la reclamante, razón por la cual, no correspondía tomar en consideración esta circunstancia en la ponderación de la sanción”*.

Lo anterior, además, permite poner en contexto las alegaciones de los interesados relativas a que el actuar de la compañía estuvo dirigido a encubrir u ocultar una infracción gravísima, o a encubrir o evitar el ejercicio de atribuciones de la SMA, las que constituyen alegaciones sin ningún sustento fáctico, han sido levantadas sin ninguna prueba seria que dé cuenta de un supuesto actuar doloso (no meramente negligente) y tienen por único objetivo agravar artificialmente la situación que afecta a la compañía.

³⁷ CS. Sentencia de reemplazo fechada el 4 de junio de 2015.

IV. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN EXENTA SMA N°574 DE 2 DE OCTUBRE DE 2012 (LA "RESOLUCIÓN 574").

1. INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS ESTABLECIDAS EN LOS ARTS. PRIMERO, SEGUNDO Y CUARTO DE LA RES.574/2012 DE LA SMA, QUE REQUIRIÓ INFORMACIÓN DETERMINADA Y ESTABLECIÓ LA FORMA Y MODO DE ENTREGA. HECHO CONSIGNADO EN EL NUMERAL 25.

El cargo imputado a esta parte, fue formulado en los términos siguientes:

"25. En relación a la Resolución 574, cabe señalar que la Unidad de Atención Ciudadana ha informado a la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios, mediante Memorandum N° 34/2013, de 19 de marzo de 2013, que la sociedad Compañía Minera Nevada SpA no ha dado cumplimiento al requerimientos de información en la forma y modo instruidos, ya que no ha entregado a esta Superintendencia una copia del formulario debidamente firmada por su representante legal. Asimismo, este Fiscal Instructor analizó la información entregada contrastándola con la información disponible en el Servicio de Evaluación Ambiental, constatando que ésta estaba incompleta, toda vez que no fue entregada la totalidad de la información requerida".

El hecho materia del cargo fue aceptado, en general, mediante escrito de Contestación, con las limitaciones que en cada caso se refieren, más adelante³⁸.

1.1 Alegaciones y defensas de CMN en relación con el hecho materia de cargos descrito en el numeral 25 de la Formulación de Cargos.

En el escrito de Contestación en que se reconocieron los hechos materia de este cargo también se informó que la compañía, con fecha 29 de abril de 2013, había cumplido con entregar el formulario en papel debidamente firmado por su representante legal, acompañándose en ese acto los antecedentes que daban cuenta del cumplimiento posterior de la citada obligación.

Cabe señalar que en su escrito de Evacúa Traslado, esta parte precisó que el reconocimiento de la omisión de acompañar el papel firmado en la oficina de partes de la SMA no puede, en ningún caso, entenderse extensivo a las calificaciones jurídicas que efectúe la SMA sobre tal hecho.

El reproche que se dirige a mi representada es, a tal punto referido al cumplimiento de una obligación formal, que incluso en la actualidad ya no resulta exigible por la SMA, pues su Resolución 1518 eliminó la exigencia de remitir el formulario electrónico en formato papel firmado por el representante legal. En efecto, a partir de la Resolución 1518, la información sólo debe ser ingresada en el formulario electrónico. De lo anterior

³⁸ De conformidad con el Considerando 47 de la Formulación de Cargos, el hecho antes descrito podría llegar a constituir una infracción grave, al no haber entregado la totalidad de la información requerida, ni en el modo y forma instruida. Ello de acuerdo a lo dispuesto por el art. 36 N° 2 letra f) de la LOSMA.

se desprende que dicha obligación ha pasado a considerarse superflua y no lesiva, lo que resulta un requisito esencial para imputar responsabilidad infraccional.

En nuestra opinión, los cambios regulatorios referidos hacen aplicable al caso el principio de retroactividad de la ley penal más favorable de conformidad al art. 19 N° 3 inc. 7 de la Constitución que importa que, de existir una ley más favorable, esta debe aplicarse obligatoriamente al infractor. En este caso la nueva regulación no sólo es más benigna, sino que ha eliminado el “tipo” objeto de sanción, de suerte que cualquier sanción tendría por antecedente un hecho, actualmente, no-típico.

Estas conclusiones son apoyadas por el considerando quincuagésimo tercero de la sentencia del Tribunal Ambiental en rol R-06-2013, en el cual dispone que “[...] *la supletoriedad del Derecho Penal al ámbito sancionatorio se refiere a los principios y no a reglas específicas de sanción [...]*” y, asimismo, de algunos de los fallos del Tribunal Constitucional, citados por el Segundo Tribunal Ambiental en el considerando quincuagésimo de su sentencia para señalar los matices con los cuales se aplica los principios del Derecho Penal al ámbito sancionador.

Dicho principio también ha sido aplicado por la SMA y respecto de la misma Resolución N° 574, como es posible apreciar en la Resolución que resuelve procedimientos sancionatorios en las causas Rol D-021-2013 seguido contra Minera Invierno S.A. y Rol F-013-2014 seguido contra Gobernación Provincial de Parinacota.

Cabe hacer presente a la autoridad, que los documentos sobre los cuales versa el hecho infraccional fueron acompañados posteriormente por mi representada, encontrándose actualmente en poder de esta Superintendencia. Esta información, asimismo, estuvo y está disponible en los sistemas electrónicos de acceso público del Servicio de Evaluación Ambiental.

Por último, solicitamos a la SMA que considere que cualquier sanción en este sentido pugna con el contenido del artículo 17 letra c) de la ley 19.880 que dispone que constituye un derecho del administrado en el marco de sus relaciones con la administración el “eximirse de presentar documentos que no corresponden al procedimiento o que **ya se encuentren en poder de la administración**”.

Finalmente, y por los argumentos expuestos en acápite anterior, en derecho corresponde que mi representada sea absuelta del cargo citado.

En el evento improbable en que la autoridad decida una cosa distinta, ha de tenerse en cuenta que –contrariamente a lo sucedido con motivo de la dictación de la Resolución 477- las multas cursadas por estos conceptos son muy bajas, en atención al nulo disvalor de la conducta que se reprocha³⁹.

³⁹ La Resolución 477 estableció una multa de 500 UTA por este cargo. Un caso análogo como el que consta en el expediente F-010-2013 fue sancionado con 61 UTA.

1.2 Inexistencia de antecedentes con mérito suficiente para aumentar la gravedad de las infracciones, en razón de la intencionalidad en la comisión de la infracción.

Por obvio que parezca, conviene aclarar que la instrucción general que se estima infringida no constituye una orden de carácter urgente, correspondiendo al ejercicio de la facultad normativa de la SMA para conformar sus sistemas de información, y la información solicitada para conformar SNIFA, y el Registro Público de RCA, constituye información que estuvo y está en poder de la Administración Ambiental.

V. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN EXENTA SMA N°37 DE 15 DE ENERO DE 2013 (LA "RESOLUCIÓN 37").

El cargo imputado a esta parte, fue formulado en los términos siguientes:

"26. En relación a la Resolución 37, una vez examinados los antecedentes que conforman el presente expediente administrativo, en especial, el Informe de Fiscalización Ambiental, se pudo constatar que los resultados de monitoreos presentados ante esta Superintendencia en respuesta a los antecedentes solicitados en la inspección ambiental del día 29 de enero de 2013, no fueron acompañados de las respectivas acreditaciones de los laboratorios ni los certificados originales de dichos resultados".

El hecho materia del cargo fue aceptado, en general, mediante escrito de Contestación, con las limitaciones que en cada caso se refieren, más adelante⁴⁰.

1.1 Alegaciones y defensas de CMN en relación con el hecho descrito en el numeral 26 de la Formulación de Cargos.

Al igual que en todos los otros casos ya analizados, este hecho fue reconocido en la Contestación presentada por esta parte, no obstante lo cual, según se aclaró en el escrito Evacúa Traslado, tal reconocimiento no debe entenderse que alcance a las calificaciones jurídicas de la conducta.

Tal vez la circunstancia que con mayor atención deba ponderar la autoridad es que, en la especie, mi representada sí actuó mediante entidades acreditadas, no obstante que, en su oportunidad, omitió acompañar los certificados que así lo señalaban. Lo anterior no afecta de ninguna manera el actuar del laboratorio, ni la condición habilitante que le permitía actuar como laboratorio acreditado, la que fue demostrada subsecuentemente en el proceso administrativo mediante carta PL- 64/2016 de fecha 26 de mayo de este año.

⁴⁰ De conformidad con el Considerando 48 de la Formulación de Cargos, el hecho antes descrito podría constituir una infracción grave, en tanto se acompañaron los resultados de monitoreos el 29 de enero de 2013, sin acompañar las respectivas acreditaciones de los laboratorios ni los certificados originales de los resultados. Ello de acuerdo a lo dispuesto por el art. 36 N° 2 letra f) de la LOSMA.

Nuevamente enfrentamos una omisión que, si bien constituye infracción de una norma específica, ha carecido de cualquier consecuencia material –daño o producción de riesgo- e intencionalidad, como lo demuestra el hecho de que los antecedentes sí fueron acompañados y sí fueron producidos por entidades acreditadas como fue demostrado posteriormente.

En efecto, la omisión en la entrega de dichos antecedentes se debió únicamente a un error de parte de mi representada, quien debido al tiempo relativamente breve de vigencia de la norma a esa fecha, no advirtió la exigencia de acompañar las acreditaciones de los laboratorios, acompañando la información de conformidad a lo estipulado por su RCA.

Ello, además, permite dar cuenta de que las acusaciones de los interesados relativas a que el objeto de este actuar de la compañía se encontraba dirigido a encubrir u ocultar una infracción gravísima, o se había efectuado deliberadamente para encubrir o evitar el ejercicio de atribuciones de la SMA carecen de cualquier sustento fáctico, pues estas expresiones exigen un actuar doloso acreditado y no una mera omisión motivada por el error.

Por último, en el escrito de Evacúa Traslado se cuestionó la calidad de urgente de la información solicitada en relación con lo señalado en el artículo 36, N°2, literal f) de la LOSMA, pues la norma que se alega infringida corresponde únicamente a una manifestación del ejercicio de la facultad normativa de la SMA, que tiene por objeto facilitar la conformación de un sistema transitorio para entidades reguladas por la SMA, y en ningún caso, su objetivo es proteger bienes jurídicos de carácter ambiental, ni se refieren al sistema de fiscalización en general.

VI. DE LOS HECHOS, ACTOS U OMISIONES QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN EN RELACIÓN CON EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN CONTENIDO EN ACTA DE INSPECCIÓN AMBIENTAL DE 29 DE ENERO DE 2013 (EL “REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN”).

1. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 35 LETRA J) DE LOSMA, POR INCUMPLIMIENTO AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN CONTENIDO EN ACTA DE VISITA 29 DE ENERO 2013, DESCRITO EN CARGO N°27 DEL ORD U.I.P.S. N°58, FORMULACIÓN DE CARGOS.

El cargo imputado a esta parte, fue formulado en los términos siguientes:

“27. El incumplimiento al requerimiento de información realizado por funcionarios de esta Superintendencia en la inspección ambiental realizada al Proyecto el 29 de enero de 2013 (“Requerimiento de Información”), ya que fueron solicitados, tal como consta en el punto 9 del Acta de Inspección Ambiental, los monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados aguas abajo de la zanja cortafuga y de las piscinas de acumulación de los últimos seis meses, habiendo entregado el titular sólo el respectivo al mes de enero de 2013”.

El hecho materia del cargo fue aceptado, en general, mediante escrito de Contestación, con las limitaciones que en cada caso se refieren, más adelante⁴¹.

1.1. Alegaciones y defensas planteadas por CMN respecto de los hechos constitutivos de infracción y su calificación jurídica.

- (i) El no haber acompañado los informes solicitados respecto de los 6 meses anteriores a la fecha del requerimiento, no constituye una negativa a cumplir con una petición respecto de hechos anteriores a la infracción, sino que una exigencia que esta parte no estuvo en condiciones de cumplir.

Como se ha señalado este hecho fue aceptado en la Contestación formulada por esta parte, no obstante lo cual, tal aceptación implica solo un reconocimiento al hecho de que efectivamente sólo fueron acompañados los informes de monitoreo correspondientes al mes de enero de 2013, y no a la calificación efectuada en el escrito de formulación de cargos.

En efecto, el no haber acompañado los informes solicitados respecto de los 6 meses anteriores a la fecha del requerimiento, no constituye una negativa a cumplir con una petición respecto de hechos anteriores a la infracción, sino que una exigencia que esta parte no estuvo en condiciones de cumplir pues, en la especie, dicha información no existía y, evidentemente, por referirse a un período anterior a aquél en que fue requerida, no cabía generarla ex - post.

Conviene traer a la discusión –como se hizo en el Evacúa Traslado de esta parte- que la Resolución 477 por la que se sancionó originalmente a CMN (Capítulo V, Considerando 93° literal e, pág. 405) señaló lo siguiente sobre la calificación de gravedad de la infracción:

“Asimismo, dicha infracción se debe clasificar como grave, toda vez que se ha constatado que el infractor no entregó toda la información requerida por esta Superintendencia, sin haberse acreditado una voluntad de impedir deliberadamente la fiscalización, haber encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de esta Superintendencia.” (Énfasis agregado).

Si bien la citada resolución fue dejada sin efecto parcialmente por el 2° Tribunal Ambiental, su contenido resulta relevante para los efectos de destacar que las condiciones bajo las cuales la SMA se hizo un juicio sobre este asunto manifestado, luego, en la Resolución 477, se mantienen inalteradas.

En efecto, no hay antecedente alguno que se haya generado ni antes, ni después de la declaración de nulidad parcial de la Resolución 477 que permita considerar que, en la

⁴¹ De acuerdo al Considerando 49 de la Formulación de Cargos, las omisiones constitutivas de infracción al Requerimiento de Información, descritas en el numeral 27, se señala que podrían clasificarse como una infracción gravísima según lo dispuesto en el inciso final del artículo 28 y en la letra e) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA.

especie, se haya ocultado información con el fin de encubrir una infracción gravísima o se haya efectuado una maniobra destinada a impedir deliberadamente el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

Tal como se alegó en su oportunidad en el escrito de Evacúa Traslado, no existe ningún antecedente en el procedimiento administrativo que permita sostener la existencia de un propósito deliberado (intención directa) que haya ocasionado el entorpecimiento al que se refiere la normativa.

En relación con lo señalado, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R-006-2013, Considerando Centésimo sexagésimo quinto, acusa a esta parte de haber incurrido en una conducta negligente o culpable, insuficiente para calificar como gravísima la infracción, por cuanto la culpa excluye el dolo necesario para ello. En efecto, la citada sentencia señala que:

“(...) la Compañía, al menos, ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, pues los incumplimientos se deben exclusivamente a su negligencia (...)”. (Lo destacado es nuestro.)

Como ya hemos señalado, la intencionalidad en la comisión de infracciones debe acreditarse, no bastando tampoco las afirmaciones de los interesados que se limitan a reproducir extractos de la sentencia del Tribunal Ambiental sin aportar un solo antecedente que permita acreditar sus acusaciones, cuyo único objeto es desmejorar la situación de la Compañía e introducir a confusión en el mejor de los casos.

Reiteramos la cita al Considerando Primero de la sentencia de reemplazo dictada por la Excelentísima Corte Suprema en autos Rol N°25.931-2014, caratulados *“Eléctrica Santiago SA con Superintendencia del Medio Ambiente”* en la que, refiriéndose a la circunstancia de la intencionalidad, señala que *“en el procedimiento sancionatorio no se discutió y obviamente, tampoco se estableció un actuar doloso de la reclamante, razón por la cual, no correspondía tomar en consideración esta circunstancia en la ponderación de la sanción”.*

No sólo no se ha logrado probar de ninguna manera la existencia de una intención positiva de producir el efecto que la LOSMA sanciona, sino que existe un conjunto de antecedentes que desmienten, a juicio nuestro de manera evidente, la existencia de tal propósito. Damos por reproducido su contenido y se trata de los siguientes:

- Respuesta a requerimiento de información contenido en Resuelvo III N°1 de la Resolución 1191, presentada mediante Carta PL-020/2016 de fecha 10 de marzo de 2016.
- Minuta “Efectos Botadero Nevada Norte sobre Calidad del Agua Subterránea”, acompañada mediante Carta PL-0146/2015, de fecha 9 de octubre de 2015.
- Minuta “Calidad aguas subterránea aguas abajo del Muro Cortafugas”, acompañada mediante Carta PL-0146/2015, de fecha 9 de octubre de 2015.

- Declaración del testigo experto don Carlos Espinoza Contreras, otorgada el 10 de marzo de 2016, transcrita a continuación de la Res. Ex. N°0355 de 25 de abril de 2016.

(ii) La Información Dispuesta por CMN sí permite conocer la situación de las aguas subterráneas en el período en análisis.

Contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal Ambiental en el Considerando Centésimo Sexagésimo Cuarto de su fallo pronunciándose sobre una cuestión eminentemente técnica, los antecedentes dispuestos por CMN en manos de la SMA, sí permiten cumplir con el propósito de conocer la situación de las aguas subterráneas en el período en análisis. En relación con esto, conviene recordar lo que señaló el tribunal en su decisión:

“(...) Por su parte, el incumplimiento al requerimiento de información contenido en el numeral 9 punto 9 del Acta de Inspección Ambiental corresponde a que la SMA solicitó a la Compañía los monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados aguas debajo [sic] de la zanja cortafugas y de las piscinas de acumulación de los últimos seis meses, habiendo entregado el titular solo dos mediciones de nivel y un solo monitoreo correspondiente a los pozos L4. Lo anterior, como se señaló por este Tribunal al referirse a la profundización del muro cortafugas, impidió que se pudiera hacer un análisis correcto de la real situación que afectaba a las aguas subterráneas.”

En efecto, como se trató en detalle al momento de revisar los antecedentes entregados respecto del cargo 23.14, la información aportada al proceso, interpretada técnicamente en los informes y minutas que fueron preparados y acompañados al expediente, así como explicadas en detalle por el testigo experto presentado por esta parte, sí permiten efectuar un correcto análisis de la real situación de las aguas subterráneas en el sector del muro cortafugas, independientemente de que es efectivo que la información específica para los pozos L4 en el período solicitado no existía.

Por todo lo expuesto, al momento de resolver, solicitamos a la SMA que reclasifique la infracción en lo tocante a su gravedad, pues no existen antecedentes que permitan mantener la clasificación de gravísima contenida en la Formulación de Cargos. Ello, en consistencia con lo que ha sido su entendimiento de esta circunstancia calificante como lo demuestra su práctica administrativa. Recordamos acá lo dicho por la SMA en el Informe elaborado con motivo de las reclamaciones R-64-2015 y R-65-2015, en cuanto a que la aplicación de esta circunstancia de gravedad requiere de antecedentes que permitan:

“acreditar que las infracciones (...) se hubieran cometido con el propósito de evitar el ejercicio de las atribuciones de esta Superintendencia (...)”

Es preciso, por tanto, acreditar el elemento subjetivo, esto es demostrar que se buscó *“impedir de manera deliberada el ejercicio de las atribuciones de la SMA. Tampoco basta que, en los hechos, se produzca un efecto entorpecedor, pues lo que la circunstancia considera es que ese efecto se acompañe de la intención directa por producirlo.”* A mayor abundamiento, se señala en tal informe que la severidad de los efectos asociados

a una infracción gravísima, obliga a “interpretarla de manera estricta impidiendo tenerla por acreditada por sobre la base de presunciones temerarias o poco fundadas.”

Por todo lo expuesto, corresponde que esta infracción sea reclasificada, no existiendo antecedentes que permitan insistir en la clasificación del artículo 36 N°1 letra e) de la LOSMA.

E. QUINTA PARTE: CONCLUSIONES PARTICULARES EN RELACIÓN CON LA PRUEBA RENDIDA PARA LOS HECHOS INFRACCIONALES CONSIDERADOS EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS.

1. CONCLUSIONES RESPECTO DE LOS HECHOS DESCRITOS EN LOS N°S 23.1, 23.2 Y 23.3 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE INTERCEPCIÓN Y DESVIO DE LAS AGUAS DISTINTO DEL APROBADO POR LA RCA 24/2006:

Si bien CMN ha reconocido los hechos infraccionales que dan lugar a los cargos 23.1, 23.2 y 23.3 (los que motivaron la autodenuncia), tal reconocimiento se dio en razón de los supuestos de hecho, pero no respecto de las calificaciones jurídicas que –tras el fallo del Tribunal Ambiental– tiendan a aumentar la gravedad de las infracciones. Dichas alegaciones deben ser acogidas en razón de los antecedentes que existen (o bien, no se han logrado acreditar) durante la tramitación del proceso:

- Se sostiene que los hechos infraccionales incluidos en los N°23.1, 23.2 y 23.3 deben ser tratados como una única infracción, en virtud de lo dispuesto en el art. 60 de la LOSMA y en respeto del principio de *non bis in ídem*.
- No corresponde aumentar la calificación de gravedad de ninguna de estas infracciones en razón de haberse generado riesgo para la salud, en razón de lo siguiente a) no existen antecedentes que permitan afirmar que existe riesgo para la salud de la población atribuible a la ingesta de agua directamente desde el río; b) en el evento de entender que sí existió, no existen antecedentes que permitan concluir que ello sea atribuible al Proyecto en general, c) en el evento de que se estimare que es posible efectuar tal imputación (aun cuando la propia DFZ afirma que no es posible), ello sería respecto de los hechos incluidos en los Cargos 23.8 y 23.9, no respecto de los cargos 23.1, 23.2 y/o 23.3, ya sea tratados de forma independiente o como una misma infracción.
- No corresponde aumentar la calificación de gravedad, en razón de un eventual daño ambiental producido por contaminación de las aguas del río del Estrecho, cuestión que debe descartarse toda vez que de los antecedentes que obran en el expediente es posible afirmar que producto de las medidas adoptadas por la empresa para contener los efectos del evento, las aguas fueron desviadas y almacenadas en las piscinas de acumulación.

- No corresponde aumentar la calificación de gravedad, en razón de haber causado daño ambiental irreparable a las vegas andinas. En efecto, los antecedentes acompañados dan cuenta a) que el daño causado a la Vega Norte, fue cuantitativamente de baja extensión, habiendo quedado acreditado que la afectación fue mucho menor en superficie a la originalmente establecida, b) cualitativamente, el daño causado a la Vega Norte fue de baja entidad, y no afectó las funciones ecosistémicas que realizan esas vegas en el área, y c) existen antecedentes que dan cuenta de la recuperación de la vega, lo que ha ocurrido de manera espontánea y natural después de la ejecución de las obras de limpieza con posterioridad al incidente (y podrá ser asistido mediante acciones del Plan de Recuperación propuesto, demostrando una conducta posterior positiva).

2. CONCLUSIONES RESPECTO DE LOS HECHOS DESCRITOS EN LOS NUMERALES 23.4, 23.5 Y 23.6 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: CONTAR CON UN SISTEMA DE TRATAMIENTO DE DRENAJE ÁCIDO DISTINTO AL EVALUADO

Si bien CMN ha reconocido los hechos infraccionales que dan lugar a los cargos descritos en los numerales 23.4, 23.5 y 23.6, dicho reconocimiento se dio en razón de los supuestos de hecho, pero no respecto de las calificaciones jurídicas que –tras el fallo del Tribunal Ambiental- tiendan a aumentar la gravedad de las infracciones. Dichas alegaciones deben ser acogidas en razón de los antecedentes que se han aportado, o bien, que no se han logrado acreditar, durante la tramitación del proceso:

- Se sostiene que los hechos infraccionales deben ser tratados como una única infracción, en virtud de lo dispuesto en el art. 60 de la LOSMA y en respeto del principio de non bis in ídem. Lo anterior, en tanto responden a la misma exigencia, a saber, la implementación de un sistema que permite el manejo y tratamiento de los drenajes ácidos de roca que son capturados y conducidos a las instalaciones del sistema de manejo de aguas de contacto.
- No corresponde aumentar la calificación de gravedad de ninguna de estas infracciones en razón de haberse generado riesgo para la salud, en razón de lo siguiente a) no existen antecedentes que permitan afirmar que existe riesgo para la salud de la población atribuible a la ingesta de agua directamente desde el río; b) en el evento de entender que sí existió, no existen antecedentes que permitan concluir que ello sea atribuible al Proyecto en general, c) en el evento de que se estimare que es posible efectuar tal imputación (aun cuando la propia DFZ afirma que no es posible), ello sería respecto de los hechos incluidos en los Cargos 23.8 y 23.9, no respecto de los cargos 23.4, 23.5 y/o 23.6, ya sea tratados de forma independiente o como una misma infracción.
- No corresponde aumentar la calificación de gravedad de ninguna de estas infracciones en razón de haberse generado daño ambiental, por cuanto no se han aportado antecedentes que permitan asegurar que se ha generado contaminación en el río como consecuencia de los hechos descritos en los

numerales 23.4, 23.5 y/o 23.6, sea considerados de manera independiente o como una única infracción.

- Consta en el proceso que se ha dado cumplimiento a las exigencias infringidas (en razón con los módulos faltantes de la Planta ARD) y se han tomado medidas en torno a reemplazar la exigencia de evaporación forzada por medidas más eficientes.

3. CONCLUSIONES PARA EL HECHO INFRAACCIONAL ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 23.7 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: DESCARGA DESDE PLANTA DE DRENAJE ÁCIDO DE ROCA NO DECLARADA NI MONITOREADA, DURANTE EL MES DE ENERO DE 2013.

Si bien CMN ha reconocido el hecho infraccional que da lugar al cargo 23.7, tal aceptación se refiere solo a los supuestos de hecho mas no a las calificaciones jurídicas de gravedad que –tras el fallo del Tribunal Ambiental- tiendan a aumentar la calificación de gravedad de la infracción en razón del riesgo para la salud o por daño ambiental. En dicho sentido, no existen antecedentes que permitan dar por acreditada la creación o aumento de riesgo para la salud de la población o bien la contaminación de las aguas del río del Estrecho durante el período incluido en el proceso de sanción. En todo caso no existen antecedentes que permitan atribuir riesgo a la salud al hecho infraccional descrito en el numeral 23.7 de la Formulación de Cargos.

4. CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS HECHOS INFRAACCIONALES INDICADOS EN LOS NUMERALES 23.8 Y 23.9 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: FALTA DE ACTIVACIÓN DE PLANES DE RESPUESTA ASOCIADOS AL SISTEMA DE ALERTA DE CALIDAD DE AGUA SUPERFICIAL, POR EMPLEO DE UNA METODOLOGÍA DE CÁLCULO DE NIVELES DE ALERTA DISTINTA DE LA SEÑALADA EN LA RCA 24/2006.

- Si bien CMN ha reconocido los hechos infraccionales que dan lugar al hecho descrito en el N° 23.8, dicha aceptación no se hizo en los términos descritos en la Formulación de Cargos, sino que sólo acepta el hecho de no haber informado de la forma reglamentaria la modificación que se había efectuado de la metodología de cálculo de los niveles de alerta. Lo anterior, actuando bajo la legítima confianza de que dicha metodología se encontraba amparada en un pronunciamiento favorable de la autoridad ambiental competente.
- Respecto al cargo 23.9, acepta no haber activado planes de respuesta, lo que responde a los mismos hechos señalados anteriormente, esto es, a que, en base al cálculo metodológico aprobado en junio de 2012, no se generaban excedencias que motivaran la activación de planes de emergencia o pre emergencia. Por lo anterior, se acepta el hecho sólo en cuanto a que el pronunciamiento favorable no fue debidamente informado en el Sistema de RCAs.

- Dichos hechos deben ser tratados y sancionados conjuntamente, en razón de lo dispuesto en el art. 60 de la LOSMA, y del principio non bis in ídem, en tanto ambos se encuentran vinculados en directa relación de causa-efecto.
- Sin perjuicio de que no se han aceptado los hechos constitutivos de infracción que motivan los cargos, tampoco existen antecedentes de los que se derive aumentar la calificación de la infracción, en razón de haberse generado daño ambiental por contaminación irreversible de las aguas superficiales del río del Estrecho. Lo anterior, en tanto las concentraciones de los parámetros DAR, ya mostraban un aumento desde el inicio de la construcción del proyecto (lo que motivó posteriormente la revisión de la RCA) y que se encuentra acreditado que la afectación puntual durante los años 2011 a 2012 se debió a un efecto no previsto, debido a la excavación masiva producto de la construcción del muro cortafugas.
- Respecto de los antecedentes aportados al proceso en relación con la eventual generación de riesgo para la salud de la población, se concluye que (i) la Minuta Técnica DFZ, incurre en errores metodológicos relevantes que se han mencionado en esta presentación, los que sumados al análisis efectuado por el Informe de expertos presentado por CMN, permite concluir que no se han generado riesgos para la salud de la población por consumo directo de agua del río; (ii) en el evento de desestimar lo anterior, la propia Minuta Técnica DFZ establece que la calidad de las aguas de forma natural presenta concentraciones que no cumplen con la norma aún antes del inicio de la construcción del proyecto Pascua Lama; (iii) el mismo instrumento señala que no es posible atribuir un mayor aumento del riesgo a la no activación de los planes de respuesta por parte de CMN y (iv) el análisis de exposición al riesgo se ha efectuado sobre un supuesto hipotético que no dice relación con la realidad, cual es que el eventual aumento en el riesgo supone que las personas realicen todo su consumo diario de agua (2 litros diarios) directamente desde el río desde el lugar donde se encuentra el punto NE-8, supuesto fáctico que ha sido desacreditado por los antecedentes oficiales aportados al expediente.
- No corresponde tampoco aumentar la gravedad de la infracción en razón de un supuesto daño ambiental ocasionado en los cultivos, por cuanto no se han aportado antecedentes fiables que permitan acreditar de forma alguna el nexo causal entre la supuesta conducta infractora y el daño genéricamente alegado en la agricultura del valle.
- No procede considerar la circunstancia agravante de intencionalidad establecida en el art. 40 letra d) de la LOSMA, en tanto los antecedentes del proceso dan cuenta que la falta de activación de los niveles de alerta se debió únicamente a que CMN se encontraba actuando bajo la legítima confianza de que los cambios metodológicos por ella propuestos se encontraban aprobados por la autoridad ambiental competente.

- En relación con la conducta posterior, se debe tener en consideración que CMN ha diseñado un nuevo sistema de alerta temprana y respuesta respecto a la calidad de las aguas, el que fue revisado por la Comisión de Evaluación Ambiental en sesión de fecha 9 de marzo de 2016, encontrándose pendiente su resolución.

5. CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN CONTENIDOS EN LOS NUMERALES 23.10, 23.11, 23.12 Y 23.13 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: CONTAR Y OPERAR UN SISTEMA DE CAPTACIÓN DE AGUAS DE CONTACTO DISTINTO DEL EVALUADO.

Si bien CMN ha reconocido los hechos infraccionales que dan lugar a los cargos descritos en los numerales 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13, dicho reconocimiento se dio en razón de los supuestos de hecho, pero no respecto de las calificaciones jurídicas que –tras el fallo del Tribunal Ambiental- tiendan a aumentar la gravedad de las infracciones. Dichas alegaciones deben ser acogidas en razón de los antecedentes que se han aportado, o bien, que no se han logrado acreditar, durante la tramitación del proceso:

- Respecto al cargo 23.10, fue demostrado en el proceso que dicha obra se implementó bajo la convicción de que el manejo diferenciado de aguas se contemplaba en la RCA. Por lo demás, consta que la obra conocida como CCR, forma parte del sistema de manejo de aguas, y actualmente se encuentra aprobada en la tramitación sectorial de los permisos ambientales ante la DGA.
- Respecto al cargo 23.11, señala la forma en que operó dicha instalación, sistema que se ampara no solo en lo indicado y aprobado en los permisos sectoriales, sino que también fue considerado en la RCA.
- Respecto al cargo 23.12, se encuentra acreditado que la compañía habilitó los sistemas necesarios por lo que la Línea de Pozos L2 se encuentra completamente operativa desde enero de 2015.
- En cuanto al cargo 23.13, cabe mencionar que dicho hecho es la materialización práctica del mecanismo de manejo diferencial de las aguas de contacto que se captan en la CCR pero que han sido conducidas desde las obras de captación y conducción implementadas en el sector del botadero y que se describe como hecho constitutivo de infracción en el cargo 23.11.
- Respecto de todos estos cargos, no existen antecedentes que permitan aumentar su clasificación de gravedad, en razón de haber causado daño ambiental contaminación irreversible en las aguas del río del Estrecho (ver conclusiones respecto de los cargos 23.8 y 23.9, en cuanto a que las aguas de contacto captadas en la CCR se derivaban al río o a las piscinas en razón de los parámetros de calidad medidos en NE-5).

- No corresponde aumentar la calificación de gravedad de ninguna de estas infracciones en razón de haberse generado riesgo para la salud, en razón de lo siguiente a) no existen antecedentes que permitan afirmar que existe riesgo para la salud de la población atribuible a la ingesta de agua directamente desde el río; b) en el evento de entender que sí existió, no existen antecedentes que permitan concluir que ello sea atribuible al Proyecto en general, c) en el evento de que se estimare que es posible efectuar tal imputación (aun cuando la propia DFZ afirma que no es posible), ello sería respecto de los hechos incluidos en los Cargos 23.8 y 23.9, no respecto de los cargos 23.10, 23.11, 23.12 y/o 23.13, ya sea tratados de forma independiente o como una misma infracción.
- Dichos hechos infraccionales deben ser ponderados de manera conjunta de conformidad al art. 60 de la LOSMA y al principio de *non bis in ídem*. Lo anterior, en tanto todos ellos se refieren al manejo de aguas de contacto generadas en el depósitos de estériles Nevada Norte, manejo que implica captura, recolección y conducción desde las líneas de pozos hasta la obra de captación (BE2/CCR). Todas estas exigencias responden a un mismo sistema.
- No corresponde agravar la infracción de conformidad a lo dispuesto en el art. 40 letra d) de la LOSMA. Ha quedado acreditado que existen antecedentes más que suficientes para justificar que CMN construyó y operó el sistema de manejo diferencial de las aguas de contacto captadas desde el área del botadero, bajo el legítimo convencimiento de que dicho manejo diferencial se encontraba contemplado en la RCA y que, por lo demás, no cabe duda alguna de que se encuentra incluido en todos los permisos sectoriales que regulan el sistema de manejo de aguas del Proyecto.

6. CONCLUSIONES DEL HECHO CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN A QUE SE REFIERE EL NUMERAL 23.14 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: INCUMPLIMIENTO AL SISTEMA DE ALERTA DE AGUA SUBTERRÁNEA

CMN no reconoció el hecho infraccional que da lugar al cargo 23.14, sobre el cual presentó los respectivos descargos.

Durante el proceso se ha acompañado gran cantidad de evidencia que demuestra que:

- El muro cortafugas fue diseñado de acuerdo con los más altos estándares de ingeniería;
- El sistema cortafugas fue construido de acuerdo con el diseño, siguiendo los más altos estándares de construcción para este tipo de obra;
- Tanto el diseño como su construcción fue debidamente autorizado y fiscalizado por la autoridad sectorial competente;

- Ha quedado acreditado que no se ha producido el supuesto fáctico que hace exigible la obligación contenida en el numeral 9.17 de la RCA 24/2006, esto es, la evidencia indica que no se ha producido filtración de aguas de contacto desde el sector del botadero a través del muro;
- Asimismo, se ha acreditado también que el sector en donde se construyó el muro cortafugas es complejo desde el punto de vista de las distintas calidades de agua presentes en los acuíferos, presentando algunos aguas de muy mala calidad natural, situación que quedó en evidencia con la construcción del muro, el que generó un efecto puntual, acotado y confinado que se encuentra en recuperación.

Ha quedado acreditado que las aguas subterráneas presentes aguas abajo del muro no han mostrado afectación alguna tras la construcción de la obra ni afectación que pueda ser atribuida a una pluma de filtración de aguas de contacto desde el sector del botadero.

No existen tampoco antecedentes que acrediten un eventual riesgo para la salud de la población.

Por lo expuesto, corresponde absolver a CMN de este cargo.

7. CONCLUSIONES DE LOS HECHOS INFRACCIONALES CONSTITUTIVOS DE LOS CARGOS 24.1, 24.2 y 24.3 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE CONTROL, SEGURIDAD Y CORRECCIÓN ESTABLECIDAS EN EL RESUELVO I DE LA RESOLUCIÓN 107.

Si bien CMN ha reconocido los hechos infraccionales que dan lugar a los cargos descritos en los numerales 24.1, 24.2 y 24.3 de la Formulación de Cargos, dicho reconocimiento se dio en razón de los supuestos de hecho, pero no respecto de las calificaciones jurídicas que –tras el fallo del Tribunal Ambiental- tiendan a aumentar la gravedad de las infracciones. Dichas alegaciones deben ser acogidas en razón de los antecedentes que se han aportado, o bien, que no se han logrado acreditar, durante la tramitación del proceso:

- Respecto al cargo 24.1, ha quedado acreditado que CMN contrató a los expertos para que procedieran de conformidad a la Resolución 107, quienes efectuaron la limpieza de las vegas ordenada con el mayor cuidado posible, aunque en tiempos distintos a los estipulados en la citada resolución.
- Ha quedado constancia, asimismo, de que los tiempos especificados fueron extraordinariamente breves y determinados sin sujeción a una evaluación técnica y, aún más, desoyendo las recomendaciones efectuadas internamente por la SMA.

- Por último, se ha hecho patente que los defectos en la calidad e integridad de los reportes efectuados por el experto independiente en la materia, son atributos de los que no puede responder CMN y, en consecuencia, carece de lógica y asidero legal que se le haga a mi representada un reproche por ello.
- Respecto a los hechos incluidos en el numeral 24.2 relativos a que el plan temporal no cumplió con el objeto de conocer la calidad de las aguas entrantes a la CCR dentro del plazo de 48 horas, sólo cabe señalar que el término impuesto es extraordinariamente breve para proceder a la toma de muestras, traslado, análisis y entrega de los resultados a la SMA y, en nuestra experiencia, sencillamente no es factible de ser cumplido en la práctica.
- En lo que toca a esta situación, nos parece claro que no se generó daño, ni riesgo y que no hay antecedente alguno que permita poner en duda la intención de nuestra compañía de cumplir con el encargo solicitado.
- En lo relativo al cargo establecido en el numeral 24.3 lo que éste envuelve es una crítica al contenido del citado plan por constituir a su juicio una modificación de las condiciones establecidas en la RCA. Sin embargo, resulta claro que el plan sí fue presentado, bajo la convicción de CMN que lo correcto era proceder a su implementación y que las circunstancias extraordinarias bajo las cuales fue presentado lo justificaban.
- Finalmente, como hemos argumentado dichas infracciones deben ser tratadas y sancionadas conjuntamente, de conformidad al art. 60 y al principio *non bis in idem*, por cuanto constituyen todas “medidas de corrección, seguridad y control” de las establecidas en el artículo 48 letra a) de la LOSMA.

8. CONCLUSIONES DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN A LOS QUE SE REFIEREN LOS NUMERALES 24.4, 24.5 Y 24.6 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: INCUMPLIMIENTO DE LOS PROGRAMAS DE MONITOREO ESTABLECIDOS EN EL RESUELVO II DE LA RESOLUCIÓN 107.

Si bien CMN ha reconocido los hechos infraccionales que dan lugar a los cargos descritos en los numerales 24.4, 24.5 y 24.6 de la Formulación de Cargos, dicho reconocimiento se dio en razón de los supuestos de hecho, pero no respecto de las calificaciones jurídicas que –tras el fallo del Tribunal Ambiental- tiendan a aumentar la gravedad de las infracciones. Dichas alegaciones deben ser acogidas en razón de los antecedentes que se han aportado, o bien, que no se han logrado acreditar, durante la tramitación del proceso:

- Respecto a los cargos 24.4 y 24.6, cabe hacer presente que los monitoreos se efectuaron respecto de la CCR, en tanto el resto de las instalaciones no se encontraban operando. Por otro lado, el desfase en el periodo en el cual se efectuó el monitoreo, responde únicamente a una distinta contabilización del plazo, aplicando la normativa vigente al respecto.

- El hecho de que personal capacitado por CMN realizara el monitoreo, se debió al corto plazo que se entregó para comenzar con los muestreos y análisis, y tuvo por objeto el dar cumplimiento a la medida mientras se contaba con un laboratorio independiente, que cumpliera con las condiciones señaladas en la Resolución 107, y se instalara con personal suficiente en el lugar del proyecto. Sin perjuicio de lo anterior, los respectivos certificados originales fueron entregados a la autoridad.
- Respecto al cargo contenido en el numeral 24.6, - referido al incumplimiento de criterios metodológicos en la caracterización inicial de vegetación, flora y fauna- debe comprenderse que CMN no estuvo en control de las actividades realizadas por los expertos independientes y que, en consecuencia, no pueden reprochársele a la compañía las deficiencias técnicas que se observen en los informes evacuados por los mismos.
- Hemos hecho constar, respetuosamente, que resulta paradójico que se impute a mi representada el haber actuado directamente en los casos en que no encontró disponibilidad de expertos independientes y, al mismo tiempo, se le reproche la calidad, integridad u oportunidad de los resultados obtenidos por tales expertos cuando pudo contar con ellos. Nos parece, definitivamente, que no es posible fundar una sanción en una circunstancia como la descrita.
- Como hemos señalado, a nuestro juicio, dichas infracciones deben ser tratadas y sancionadas conjuntamente, de conformidad al art. 60 y al principio *non bis in idem*.
- Por último, hemos justificado que, en el presente caso, no existen antecedentes que permitan acreditar intencionalidad, o un actuar deliberado o cuya finalidad fuera ocultar información o impedir deliberadamente el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

9. CONCLUSIONES RESPECTO AL HECHO INFRACCIONAL AL QUE SE REFIERE EL CARGO 25 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS: INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS PRIMERO, SEGUNDO Y CUARTO DE LA RESOLUCIÓN 574/2012.

Si bien CMN reconoció el hecho infraccional que da lugar al cargo 25, es necesario tener presente que las circunstancias normativas han cambiado desde la época de los hechos incluidos en la Formulación de Cargos, de modo tal que:

- CMN debe ser absuelta de este cargo, en tanto la conducta descrita carece actualmente de total lesividad, tratándose de una conducta atípica, pues con fecha 6 de enero de 2014 se eliminó la exigencia de remitir el formulario electrónico en formato papel firmado por el representante.

- Dicha interpretación, es concordante con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, dispuesto en el art. 19 N° 3 inc. 7 de la Constitución, principio que si bien fue consagrado respecto de la norma penal, debe ser aplicado a toda la potestad punitiva del Estado.
- En todo caso, en cuanto a la completitud de la información, se ha solicitado se exima de responsabilidad a mi representada, en razón de lo dispuesto por el artículo 17 letra c) de la ley 19.880.
- Se hace presente que los antecedentes y el formulario debidamente firmado, fueron entregados a la autoridad con fecha 29 de abril de 2013.
- No existen antecedentes que permitan acreditar intencionalidad, o un actuar deliberado o cuya finalidad era ocultar información o evitar las atribuciones de la SMA.

10. CONCLUSIONES DEL HECHO INFRACCIONAL A QUE SE REFIERE EL NUMERAL 26 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS

Si bien CMN ha reconocido el hecho infraccional que da lugar al cargo 26, dicha aceptación dice relación solo con el supuesto fáctico que lo conforma y no incluye aceptar las calificaciones jurídicas que tiendan a agravar la clasificación de la infracción. De este modo:

- La circunstancia que con mayor atención debe ponderar la autoridad, a nuestro juicio, es que mi representada sí actuó mediante entidades acreditadas, no obstante que, en su oportunidad, omitió acompañar los certificados que así lo señalaban.
- Lo anterior, no afecta de ninguna manera el actuar del laboratorio, ni la condición habilitante que le permitía actuar como laboratorio acreditado, la que fue demostrada subsecuentemente en el proceso administrativo mediante carta PL 64/2016 de 26 de mayo de este año.
- En el escrito de Evacúa Traslado se cuestionó la calidad de urgente de la información solicitada en relación con lo señalado en el artículo 36, N°2, literal f) de la LOSMA, pues la norma que se alega infringida corresponde únicamente a una manifestación del ejercicio de la facultad normativa de la SMA, que tiene por objeto facilitar la conformación de un sistema transitorio para entidades reguladas por la SMA, y en ningún caso, su objetivo es proteger bienes jurídicos de carácter ambiental, ni se refieren al sistema de fiscalización en general.
- Nuevamente enfrentamos una omisión que ha carecido de cualquier consecuencia material –daño o producción de riesgo- e intencionalidad, como lo demuestra el hecho de que los antecedentes sí fueron acompañados y sí fueron

producidos por entidades acreditadas como fue demostrado posteriormente circunstancia necesaria para calificar la infracción como grave o gravísima.

11. CONCLUSIONES REFERIDAS AL HECHO INFRAACCIONAL CONTENIDO EN EL NUMERAL 27 DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS.

Si bien CMN ha reconocido el hecho infraccional que da lugar al cargo 27, dicha aceptación solo se refiere a los supuestos fácticos que la conforman, pero no incluyen de modo alguno un reconocimiento a los supuestos por los que se infiere, de manera infundada, la intención deliberada de ocultar información ni de impedir el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

- En efecto, el no haber acompañado los informes solicitados respecto de los 6 meses anteriores a la fecha del requerimiento, no constituye una negativa a cumplir con una petición respecto de hechos anteriores a la infracción, sino que una exigencia que esta parte no estuvo en condiciones de cumplir pues, en la especie, dicha información no existía y, evidentemente, por referirse a un período anterior a aquél en que fue requerida, no cabía generarla ex - post.
- La Resolución 477 por la que se sancionó originalmente a CMN razonó del mismo modo al señalar que lo anterior ocurrió ***“sin haberse acreditado una voluntad de impedir deliberadamente la fiscalización, haber encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de esta Superintendencia.”*** (Énfasis agregado).
- No hay antecedente alguno que se haya generado ni antes, ni después de la declaración de nulidad parcial de la Resolución 477 que permita considerar que, en la especie, se haya ocultado información con el fin de encubrir una infracción gravísima o se haya efectuado una maniobra destinada a impedir deliberadamente el ejercicio de las atribuciones de la SMA.
- Tal como se alegó en su oportunidad en el escrito de Evacúa Traslado, no existe ningún antecedente en el procedimiento administrativo que permita sostener la existencia de un propósito deliberado (intención directa) que haya ocasionado el entorpecimiento al que se refiere la normativa.
- Contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal Ambiental en el Considerando Centésimo Sexagésimo Cuarto de su fallo pronunciándose sobre una cuestión eminentemente técnica, los antecedentes dispuestos por CMN en manos de la SMA, sí permiten cumplir con el propósito de conocer la situación de las aguas subterráneas en el período en análisis.
- Por todo lo expuesto, al momento de resolver, solicitamos a la SMA que reclasifique la infracción en lo tocante a su gravedad, pues no existen antecedentes que permitan mantener la clasificación de gravísima contenida en la Formulación de Cargos.

POR TANTO,

En atención a lo señalado y a las disposiciones invocadas en este escrito,

SOLICITO A USTED, tener presente las observaciones a la prueba formuladas al momento de emitir el dictamen y resolver el presente procedimiento sancionatorio.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'L. Vega', with a large, stylized flourish extending from the bottom of the signature.

