

En lo principal, se tenga presente atendido el mérito de autos; **en el otrosí**, acompañan informe en derecho.

Superintendencia del Medio Ambiente (A-002-2013)



Cristián Gandarillas Serani y Javier Jorquera Coros, abogados, en representación de **Agrícola Dos Hermanos Limitada** y de **Agrícola Santa Mónica Limitada**, en el procedimiento sancionatorio seguido en contra de Compañía Minera Nevada SpA ("CMN") por su proyecto Pascua Lama, **Rol N° A-002-2013**, al Señor Superintendente del Medio Ambiente respetuosamente decimos:

Venimos en formular las siguientes observaciones en relación al mérito de autos, con el objeto de que sean consideradas por esta Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") al momento de dictar la resolución de término de este procedimiento sancionatorio.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

CMN, en su escrito de observaciones a la prueba, pretende abstraerse de todas las infracciones medioambientales que dieron origen a este proceso, los miles de antecedentes, pruebas, informes de fiscalización, mediciones y actuaciones de distintas actuaciones sectoriales que se han agregado a este procedimiento administrativo que demuestran que incumplió gravísima, deliberada y reiteradamente las principales obligaciones de su Resolución de Calificación Ambiental ("RCA") iniciando el proceso de pre-stripping sin que el sistema de Manejo de Aguas estuviere construido y en operación. Esta decisión se tomó en forma consciente y deliberada, y tal como lo señalaron los distintos testigos ex funcionarios de CMN, con la anuencia de los principales ejecutivos de su matriz, Barrick Gold Corp. Es decir, la empresa enfrentada a la disyuntiva de cumplir con sus metas económicas y sus accionistas, por una parte, y dar cumplimiento a la ley chilena, a las normas que regían su permiso para funcionar ambientalmente, por la otra, decidió fundadamente optar por la primera a expensas de todos los habitantes del valle del Río Huasco y del país en general. Frente a una decisión de esta naturaleza, la única sanción posible es la revocación de la RCA. No existe ninguna razón social, de generación de empleos o de metas económicas que justifique avalar un comportamiento displicente como el de CMN.

Por otra parte, CMN, también en forma deliberada, pretende apartarse y desconocer los efectos de cosa juzgada de las sentencias judiciales ejecutoriadas que se han dictado por el Segundo Tribunal del Medio Ambiente en los autos R-06-2014 y por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol N°11.600-2014, y borrar los efectos de sus actos propios pasando por alto la aceptación y allanamiento de 22 de los 23 cargos formulados por la SMA en el presente proceso. El escrito de CMN es una abierta invitación a desobedecer sendas sentencias judiciales amparado en una supuesta discrecionalidad administrativa de la SMA, que por muy laxamente que se interprete, jamás podrá contravenir el principio de revisión judicial y los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas.

En este capítulo introductorio nos referiremos brevemente a ciertos conceptos que deberán ser considerados por la SMA al momento de dictar la resolución final en este proceso, y que justifican la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto Pascua Lama:

1. Los hechos que dieron origen a este procedimiento sancionatorio fueron fijados por sentencias ejecutoriadas y no pueden ser discutidos ni modificados con ocasión de la reapertura del proceso sancionatorio.

En la especie, con su actuación, CMN pretende cuestionar hechos que ya fueron establecidos en el procedimiento administrativo, y fijados a firme por medio de una resolución judicial ejecutoriada que ejerció control sobre esa decisión administrativa. Como la SMA bien conoce, el procedimiento administrativo sancionador está llamado a imponer sanciones a los administrados en el evento en que los mismos hayan incurrido en infracciones a la normativa vigente cuyo control sea de competencia del órgano respectivo. Como todo acto aplicador de derecho, la resolución de un órgano administrativo exige tres operaciones: dar por establecidos los hechos que la fundan, la calificación de los mismos a la luz del ordenamiento jurídico y la imposición de una sanción. Los dos primeros constituyen los fundamentos de la condena; la tercera, el acto concreto en que la misma se manifiesta.

En el procedimiento administrativo que se siguió ante la SMA y que conoció, en ejercicio del control jurisdiccional que la ley prevé el Segundo Tribunal del Medio Ambiente y la Excma. Corte Suprema, los referidos tribunales dispusieron que volvieran los autos a la SMA con el objeto de que ésta se pronunciara acerca de la

sanción a imponer, tanto en lo que dice relación con su clase como con su extensión en el supuesto de concurrencia con otras infracciones, en la medida en que rechazó la hipótesis del concurso.

En otras palabras, la decisión del Segundo Tribunal Ambiental y de la Excma. Corte Suprema reafirmaron los hechos establecidos en la resolución administrativa –los que, por lo demás, no fueron cuestionados por la contraria, quien se allanó a ellos– y la calificación jurídica de los mismos como infracciones a las normas medioambientales vigentes y a las obligaciones que asumió CMN en la RCA. Las referidas circunstancias, por consiguiente, quedaron establecidas de manera firme al quedar ejecutoriada la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental y, de este modo, amparadas por la fuerza de cosa juzgada en los términos establecidos en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

La única cuestión que se mantuvo pendiente y no amparada por dicha fuerza, fue la sanción a imponer, para cuya determinación, en todo caso, el propio Tribunal del Medio Ambiente ofreció importantes directrices. Y es con la única finalidad antes mencionada que el procedimiento volvió a manos de la SMA. Es esta cuestión, por lo demás, el objeto y alcance de la competencia de que dispone el referido órgano administrativo.

En otros términos, a consecuencia de la decisión del Segundo Tribunal Ambiental no se abrió un nuevo procedimiento administrativo, como si el anterior no hubiera existido, o como si no hubiera sido controlada judicialmente la resolución que le puso fin por sentencia judicial. Se dio inicio a un procedimiento con un objeto limitado, y cuya única finalidad es determinar la sanción.

Pretender, como CMN ha realizado en autos, que tales decisiones previas y amparadas por cosa juzgada no existen, comporta una infracción grave a la inmutabilidad que ha producido la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, y que ya estableció de manera firme que existieron los hechos que fundaron la fiscalización y que los mismos son constitutivos de infracciones.

Como la SMA bien conoce, el único mecanismo que prevé la ley para restar valor a la sentencia ejecutoriada es el recurso de revisión, establecido en los artículos 810 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. El mismo, de derecho estricto, es de competencia de la Excma. Corte Suprema y procede en causales muy

excepcionales, en las que se puede afirmar que la cosa juzgada de una sentencia firme ha sido obtenida de manera fraudulenta.

Nuestra ley no prevé ningún mecanismo por medio del cual el órgano administrativo –sea a través de una nueva resolución dictada en el mismo o en otro procedimiento– pueda desconocer la fuerza de cosa juzgada. En otros términos, ese efecto de inmutabilidad es imperativo para todos los sujetos, incluidas las autoridades, y el desconocimiento directo o indirecto de las decisiones judiciales que lo generan, una grave afectación a los principios básicos del Estado de Derecho, dentro de los que se cuentan la separación de poderes y el principio de juridicidad.

En la especie, como es claro, la contraria no ha presentado recurso de revisión alguno, y tampoco concurre ninguna de las hipótesis excepcionalísimas en que el mismo procede. De este modo, pretender desconocer la cosa juzgada de la sentencia comportaría a) una afectación, por parte de la autoridad administrativa, de la fuerza de una sentencia judicial que también la obliga y, de ese modo, del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que la consagra; b) una arrogación, por parte de la autoridad administrativa, de funciones jurisdiccionales y, con ello, una vulneración grave del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

La conclusión antes mencionada no se ve alterada por la circunstancia de que la Ley 19.880 establezca el derecho a la prueba o el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República la garantía del debido proceso aplicable también al procedimiento administrativo sancionador. Ambas normas garantizan el ejercicio de los referidos derechos, pero en las oportunidades procesales procedentes. En ese entendido, nunca podría entenderse que se afectan tales garantías si se pide o rinde prueba para acreditar una cuestión que ya fue fallada por sentencia firme.

En este caso, CMN dispuso de la oportunidad de rendir prueba durante todo el procedimiento administrativo y en el judicial, aunque decidió no hacerlo al allanarse a las imputaciones realizadas por la SMA. De este modo, en lo que dice relación con la oportunidad de acreditar aquello relevante para sus intereses, gozó de la oportunidad procesal y pudo ejercerla de manera efectiva. Asimismo, fue notificada de todas las gestiones realizadas en los procedimientos administrativo y judicial, fue oída, pudo deducir recursos y ejercer, en general, todas las garantías que se han estimado constitutivas del debido proceso.

De este modo, resulta abiertamente improcedente que diga, en la especie, que se estarían afectando –con la negativa a que se reabra el proceso administrativo respecto de los hechos y calificación- su derecho a defensa. Tal derecho existió y fue ejercido (o no) del modo en que la misma estimó adecuado a sus intereses. Con ello se satisfizo la finalidad perseguida por el constituyente y se aseguró el debate dialéctico y la igualdad de armas que asegura la legitimidad de la decisión final.

Como queda en evidencia de lo antes señalado, amparándose en normas que no resultan aplicables, la contraria ha pretendido que el procedimiento que se sigue ante la SMA se extienda a todas las cuestiones establecidas en el original: no solo a la determinación de la sanción, sino que a la determinación de los hechos y la calificación de los mismos.

Pues bien, por las razones ya expresadas, ello no resulta procedente. Los hechos y su calificación son cuestiones que ya fueron debatidas y quedaron establecidas a firme, por decisión jurisdiccional, y no pueden ser nuevamente cuestionadas. Efectuarlo como pretende CMN, comportaría afectar la cosa juzgada de tal decisión, la separación de poderes entre la administración y los Tribunales, y la realización, por parte de la SMA, de una actuación que excede sus facultades, e infringe el principio de juridicidad.

En efecto, CMN invita a la SMA a desobedecer los claros términos de la sentencia del I. Tribunal Ambiental, argumentando que “las instrucciones contenidas en el fallo no pueden alterar normas legales que regulan el ámbito de competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente y del propio Tribunal Ambiental”¹. Con ello pretende reabrir el proceso, introducir nueva prueba al mismo, y buscar una alternativa para que la SMA pueda volver sobre hechos que no admiten discusión y que se encuentran amparados bajo la institución de la cosa juzgada, la cual, sí tiene aplicación en materia sancionatoria administrativa, pese a que la contraria crea lo contrario.

La reapertura del proceso sancionatorio A-002-2013 sólo versa sobre la intencionalidad del infractor, las calificantes del artículo 40 LO-SMA y el cargo del considerando 23.14 del Ordinario N°58, y no permite discutir los demás cargos que ya fueron aceptados expresamente por CMN y que por tanto, no pueden ser objeto de discusión ni de pruebas en el proceso.

¹ Ver (ii) de página N°1 de escrito de observaciones a la prueba de CMN.

El alcance limitado de la reapertura del proceso queda determinado por los siguientes antecedentes:

a) La sentencia del Segundo Tribunal Ambiental que resolvió:

“1. Acoger parcialmente las reclamaciones de Rubén Cruz Pérez y otros, de 11 de junio de 2013, de la Asociación Indígena "Consejo Comunal Diaguita de Guascoalto" y otros, de 17 de junio de 2013, y de Agrícola Santa Mónica Ltda. y otra, de 17 de junio de 2013, en contra de la Resolución Exenta N° 477, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente con fecha de 24 de mayo de 2013, por no conformarse ésta a la normativa vigente según lo desarrollado en la parte considerativa;

2. Anular la Resolución Exenta N° 477 del Superintendente del Medio Ambiente, de 24 de mayo de 2013, excepto en lo dispuesto en el numeral Segundo de la parte resolutive de dicha resolución; esto es, manteniendo la vigencia de las medidas urgentes y transitorias decretadas en ella;

3. Ordenar al Sr. Superintendente del Medio Ambiente que, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 54 inciso 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, disponga la corrección de los vicios de procedimiento y la realización de las diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades establecidas en esta sentencia y, luego, proceda a dictar una nueva Resolución conforme a derecho”.

b) La sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, de fecha 30 de diciembre de 2014, que rechazó el recurso de casación interpuesto por CMN dejando a firme la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental;

c) La Resolución Exenta N°696 de la SMA que ordenó “la reapertura del procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-002-2013” y “retrotraer el procedimiento administrativo en comento, hasta el momento inmediatamente posterior a la última actuación útil del procedimiento, es decir, el Memorándum DFZ N° 258, de 14 de mayo de 2013, que rola a fojas 330 a 337”.

d) La Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N°1191 del 17 de diciembre de 2015, que fijó los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que debía recaer la prueba en el proceso:

1. Necesidad de profundización del muro cortafuga;
2. Superficie total de vega altoandina afectada;
3. Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población, de conformidad al artículo 40 literal b) de la LO-SMA, 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;
4. Efectividad de haberse realizado la prueba de estanqueidad en la piscina de pulido, con un volumen determinado de líquido descargado al Río Estrecho, con una calidad tal que se ajustara a la normativa aplicable al proyecto minero;
5. Consideraciones técnicas relativas a la construcción y funcionamiento de la CCR, contempladas por la DGA;
6. Intencionalidad en la comisión de ciertas infracciones”.

2. Los hechos que dieron origen a los cargos formulados por la SMA fueron aceptados y reconocidos expresamente por CMN: este allanamiento produce plenos efectos y alcanza a todos los cargos, con excepción del contenido en el Considerando 23.14 del Ordinario N° 058 de la SMA.

Otra actuación que atenta contra la pretensión de CMN de escapar de los términos de los cargos que le fueron formulados, y por los cuales se le debe condenar, es su presentación de fojas 203 de autos, mediante la cual, su representante legal de aquel entonces, don Derek James Riehm, “reconoce los hechos” y “acepta los cargos” formulados por la SMA en el Ordinario N°58. Que CMN haya reconocido los hechos y aceptado los cargos significa que CMN se encuentra de acuerdo, y se allana a los hechos expuestos en la formulación de cargos realizada por la SMA y a la calificación jurídica que de ellos formula la administración.

Veamos qué dijo CMN respecto de cada cargo en particular².

Respecto de los cargos formulados en el Considerando 23 del Ordinario N°58:

² CMN aceptó y reconoció de forma expresa la efectividad de los cargos señalados en los considerandos 23.1, 23.2, 23.3, 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.9, 23.10, 23.11, 23.12, y 23.13 del Ordinario N°58. Asimismo, aceptó y reconoció los cargos contenidos en los considerandos N°s 24.1, 24.2, 24.3, 24.4, 24.5, 24.6, 25, y 26 del Ordinario N°58.

1. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.1 del Ordinario N° 058".
2. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.2"
3. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.3 del Ordinario N° 058, señalando que esta obra se construyó con motivo de las reparaciones que tuvieron que realizarse para evitar que las aguas de no contacto ingresaran al sistema de aguas de contacto. Lo anterior, debido a los eventos descritos en la autodenuncia, acaecidos los días 22 de diciembre de 2012 y 10 de enero del presente año".
4. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.4"
5. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.5"
6. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.6"
7. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.7"
8. "Mi representada acepta el hecho relacionado con la metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas, en el sentido de que su autorización por parte de la autoridad competente no fue informada a esta Superintendencia" (Considerando 23.8)
9. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.9 de la misma manera en que acepta los hechos contenidos en el 23.8 del mismo Ordinario"
10. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.10"
11. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.11"
12. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.12"
13. "Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 23.13"

Respecto de los cargos formulados en el Considerando 24 del Ordinario N°58:

1. “Frente a esta imputación, mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 24.1.del Ordinario N° 058.
2. CMN acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 24.2 del Ordinario N° 058.
3. Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando en cuestión, en cuanto al contenido del plan de contingencia que requirió la Resolución N° 107. (24.3)
4. Compañía Minera Nevada SpA acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 24.4 del Ordinario N° 058.
5. CMN acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 24.5 del Ordinario N° 058.
6. CMN acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 24.6 del Ordinario N° 058.

Respecto de los cargos formulados en el Considerando 25 del ordinario N°58:

“Mi representada acepta lo descrito en el hecho contenido en el considerando 25 del Ordinario N° 058”.

Respecto de los cargos formulados en el Considerando 26 del ordinario N°58:

“Mi representada acepta los hechos contenidos en el considerando 26 del Ordinario N° 058”.

Respecto de los cargos formulados en el Considerando 27 del ordinario N°58:

“Mi representada acepta los hechos contenidos en el considerando 27 del Ordinario N° 058”.

De esta forma, ya no es posible discutir en este proceso los hechos que motivaron las infracciones, ni las calificaciones jurídicas que les dieron la SMA, primero, y que luego fueron enmendados por el Segundo Tribunal Ambiental. Recordemos que CMN se alzó en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental y la Excma. Corte Suprema rechazó su recurso de casación en todas sus partes, dejando a firme la sentencia en comento.

3. Cada infracción debe castigarse en forma independiente y separada.

CMN, pretende desconocer la sentencia ejecutoriada del Tribunal Ambiental ratificada por la Excma. Corte Suprema y que produce cosa juzgada, invocando nuevamente el *principio non bis in ídem*, e incitando a que la autoridad administrativa desacate una resolución judicial ejecutoriada a pretexto de una supuesta discrecionalidad administrativa. No parece éste ser un argumento apegado a la legalidad, ni exento de eventuales responsabilidades de distinta índole para la autoridad.

A mayor abundamiento, cuesta entender este raciocinio, si ya fue expresamente desechado por el Tribunal Ambiental para efectos de agrupar las infracciones (aunque los aceptó expresamente respecto de un par de sanciones individuales), pues como debemos recordar, el principio del *non bis in ídem* fue precisamente el fundamento de la aplicación del denominado concurso infraccional que fue rechazado tajantemente por el Tribunal Ambiental. Esto queda reflejado en los siguientes considerandos:

“Considerando Centésimo quincuagésimo quinto: Que, por su parte, el Superintendente señaló que lo argumentado por la reclamante atenta contra el principio non bis in ídem, expresamente regulado en el inciso final del artículo 60 de la LOSMA. Expresó (a fojas 448) que para evitar vulnerar dicho principio, aplicó por analogía la figura jurídica del derecho penal denominada “concurso ideal de infracciones administrativas” (...).

Centésimo quincuagésimo séptimo: (...) Con todo, la argumentación del Superintendente en base a la aplicación del concurso ideal no es procedente, pues como se señaló en detalle en las consideraciones relativos al concurso infraccional, para aplicar dicha normativa se requiere norma expresa que así lo establezca. (...).”

De esta forma, el Tribunal Ambiental, ordenó sancionar cada infracción en forma separada e individual en forma expresa y tajante y sin dejar espacio a ninguna interpretación, ni menos a una interpretación contra texto expreso que formula CMN. Lo anterior queda en evidencia de los siguientes considerandos:

“Sexagésimo tercero: Que, en consecuencia, la SMA incurrió en ilegalidad al sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción y considerar el número de incumplimientos como agravante, por lo que deberá, al dictar la nueva resolución, proceder a sancionar cada uno de los

incumplimientos en forma independiente, realizando la calificación de cada uno de ellos conforme al artículo 36 de la LOSMA y determinar, conforme a los criterios del artículo 40, cuál es la sanción correspondiente, de acuerdo a una debida fundamentación.

Sexagésimo cuarto: Que, de acuerdo a los argumentos señalados precedentemente, la SMA deberá proceder de la misma forma respecto de, a lo menos, los seis incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107, ya que también se les sancionó como una sola infracción por aplicación del denominado “concurso infraccional”, calificado como improcedente por este Tribunal³.

4. La intencionalidad o incumplimiento deliberado se encuentra acreditado en el proceso.

En nuevo giro argumental, CMN tratar de asimilar la intencionalidad de la infracción con el dolo directo a fin de tratar de eludir su eludir su responsabilidad en este asunto. Sin perjuicio que creemos perfectamente posible construir la responsabilidad de CMN bajo el estándar de dolo, dado los graves antecedentes agregados al proceso, el término que utiliza la ley es de intencionalidad que se asimila a una conducta deliberada con conocimiento de la infracción.

La intencionalidad de las infracciones cometidas por CMN queda en evidencia desde que las autoridades de CMN (i) decidieron iniciar las labores de pre-stripping sabiendo que no cumplían con la legislación ambiental y que no se encontraba construido el sistema de manejo de aguas requerido en la RCA; (ii) ésta fue una decisión informada y consciente adoptada en Chile y Canadá por las máximas autoridades de CMN y de su matriz, Barrick Gold. Corp., según consta de las declaraciones testimoniales de don Eduardo Flores, Guillermo Caló, Manuel Tejos, Jaime Solari, entre otros; (iii) informaron el 22 de junio de 2012 a la autoridad que se encontraba listo y funcionando la mayor parte del sistema de manejo de aguas, cuando ello no era cierto⁴; (iv) ocultaron los informes de excedencias de los parámetros de aguas por meses y los reportes o flash reports que daban cuenta de incidentes ambientales; (v) decidieron hacer modificaciones unilaterales y no informadas al sistema de manejo de aguas que involucraba la descarga de aguas sin tratar al Río Estrecho (por ejemplo, la construcción de la CCR); (vi) pese a

³ Véase igualmente el considerando sexagésimo segundo de la sentencia citada.

⁴ Ver carta dirigida a la Sra. Olivia Pereira de fecha 22 de junio de 2012, que se reproduce más adelante.

conocer la existencia de la excedencia de los parámetros de las aguas, decidieron unilateralmente no implementar los procedimientos de pre emergencia y de emergencia contemplados en la RCA; (vii) encubrieron una serie de violaciones de parámetros de agua bajo el supuesto de alterar la regla que debía aplicarse en la RCA; (viii) han seguido cometiendo graves infracciones ambientales que han dado curso al inicio de otros procedimientos sancionatorios; (ix) han negado a implementar el sistema de manejo de aguas tal como se había diseñado, para efecto de ahorrarse enormes sumas de dinero (aproximadamente US\$300.000.000), entre otras graves conductas que se detallan en el capítulo pertinente.

Por otra parte, el concepto de intencionalidad ya ha sido definido por la SMA, y por el profesor Luis Cordero, uno de los informantes en Derecho de la propia CMN, al señalar:

“De este modo, el titular de una Resolución de Calificación Ambiental, en principio, carece de circunstancias extraordinarias que justifiquen el desconocimiento de la misma por parte del regulado, al estar en pleno conocimiento que sólo es posible ejercer su proyecto o actividad con plena satisfacción de las condiciones, normas y medidas que se fijaron en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental.

En este sentido, es posible afirmar la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones, en tanto se acredita la infracción o mera inobservancia de la norma. Al respecto la doctrina ha señalado: “Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa; lo cual se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especialidad o experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado” (cita de Cordero, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, página 486).

Finalmente, la intencionalidad de CMN queda en evidencia de la sentencia ejecutoriada dictada por el Tribunal Ambiental y que sirve de fundamento para la reapertura del proceso:

“Considerando Centésimo sexagésimo tercero: Que este Tribunal, a lo largo del proceso de reclamación, ha podido corroborar que la Compañía ha tenido,

en general, un comportamiento habitual de incumplimiento a la normativa ambiental. Ahora bien, en el caso particular de la Resolución Exenta N° 107 y del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de 29 de enero de 2013, el comportamiento displicente de la Compañía respecto a los requerimientos de la autoridad fiscalizadora ha sido evidentes.

Considerando 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.**

Considerando 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”.

5. **Existencia de contaminación de las aguas, peligro para la población y daño a la agricultura.**

La contaminación y perjuicio de las aguas del Río Huasco a consecuencia de la actividad de Pascua Lama es uno de los puntos sobre los que existe más prueba rendida en el proceso.

Existen diversos informes de fiscalización ambiental que constatan lo anterior, entre ellos:

Informe de Fiscalización DFZ-2013-6945-III-RCA-IA

“Del análisis de la calidad de aguas, se desprende que la calidad de los recursos hídricos superficiales y subterráneos, evaluada en los puntos de control establecidos en el plan de seguimiento del proyecto no ha evolucionado de conformidad a los datos levantados y proyectados durante la evaluación del mismo, **ya que se han evidenciado incrementos significativos en las concentraciones de los parámetros definidos como críticos para determinar niveles de alerta o emergencia del proyecto, además de superaciones de los niveles de calidad mínimos**

proyectados en los puntos de control NE-4 (NCh 1333) y NE-8 (NCh 409)".

Informe de Fiscalización DFZ-2013-6912-III-RCA-IA

De acuerdo a los antecedentes presentados por el Titular en el anexo A Carta PL 0113-/2013 se constata que el punto de captación de agua fresca del Proyecto está ubicado en el río El Estrecho, aguas arriba de la confluencia con la Quebrada Barriales, en vez de estar aguas abajo como fue descrito en el proyecto presentado evaluado.

Respecto de las vegas:"No se ha presentado durante el 2013 el monitoreo del nivel freático de las vegas".

Lo mismo ocurre con el monitoreo y cumplimiento de sus **obligaciones respecto de los glaciares**, según consta del **Informe de Fiscalización DFZ-2014-2325-III-RCA-EI**, que señala entre otros muchos incumplimientos y no conformidades, los siguientes:

"El Titular no entrega los resultados de temperatura del hielo de todos los glaciares comprometidos, faltando los cuerpos de hielo denominados Toro 1, Toro 2, Esperanza y Ortigas 1, los cuales presentan una condición de fragilidad aún más crítica que los glaciares de mayor tamaño (Guanaco, Estrecho y Ortigas 1)";

"El Titular no realiza con los datos obtenidos, estudios que permitan evaluar en forma más adecuada el área de permafrost, la presencia de hielo y la importancia como recurso hídrico de la capa activa y el permafrost, así como los posibles efectos adversos desde la mina en los caudales producto de la alteración del permafrost y la capa activa";

"Del ejercicio realizado por la DGA para calcular los límites de superación de balance de masa superficial para el glaciar Estrecho, en base a los datos históricos incluidos en la Tabla 6-1 del informe denominado "Balance de Masa Año Hidrológico 2013-2014" y considerando que el balance de masa en el período 2013-2014 fue del orden de -1,02 (m eq. a.), **se tiene que para el período 2006-2014, el Límite 1 es del orden de -0,9325 (m eq. a.) y el Límite 2 del orden de -1,02 (m eq. a.), siendo el primer umbral de activación ampliamente superado y el segundo alcanzado en dicho cuerpo de hielo"**

Especialmente contundente es el **Informe de Fiscalización Ambiental Pascua Lama DFZ-2013-63-III-RCA-IA** en el que, respecto del monitoreo de calidad de aguas del sistema del Río Estrecho y de acuerdo a los antecedentes proporcionados en la pertinencia ingresada por el titular del proyecto que da cuenta del considerando 9.8 de la RCA, para todo el año 2012 y enero del 2013 se obtienen como resultados múltiples excedencias en los distintos puntos de medición de calidad de las aguas contemplados en la RCA. Las conclusiones de dicho informe se reproducen en el cuerpo de este escrito, pero sin duda son reveladoras al informar una sistemática excedencia en prácticamente todos los parámetros contenidos en las distintas normas de calidad de las aguas establecidas en la RCA.

La grave afectación de la calidad de las aguas fue reconocida por la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, concluyendo que existen claros indicios de contaminación y afectación de las aguas que deben ser considerados por la SMA:

“Considerando Centésimo quinto: Que en definitiva, de los análisis realizados por este Tribunal sobre la eventual afectación de la calidad de las aguas superficiales, se concluye lo siguiente:

1. Hay indicios de que las obras y actividades de la Fase de Construcción del Proyecto Pascua-Lama han alterado la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del río Estrecho, considerando el comportamiento de los parámetros indicativos del Drenaje Acido de Rocas y la turbidez, detectándose un incremento a partir del inicio de esta fase en comparación con la Línea de Base establecida en la RCA y las correspondientes normas aplicables.

2. Asimismo, existen indicios de que el Titular no ejecutó los planes de respuesta comprometidos en la RCA durante esta Fase de Construcción, a pesar de la evidencia sobre el comportamiento de la calidad del agua superficial, que superó los Niveles de Alerta establecidos en la RCA, tanto antes de los hechos objeto de esta reclamación como con ocasión de los mismos.

3. Que la justificación esgrimida para esto último, no sería válida pues la adaptación metodológica propuesta por el Titular no sería aplicable a la Fase de Construcción;

4. Que los nuevos Niveles de Alerta propuestos en dicha adaptación metodológica, al incorporar la Línea de Base histórica de la Fase de Construcción buscarían elevar los umbrales de aplicación de los planes de respuesta durante la etapa de operación, evitando tener que adoptar medidas de resguardo de los

recursos hídricos, como los Planes de Preemergencia y Emergencia comprometidos en la RCA.

5. Que a pesar de lo anterior, paradójicamente, tanto el SEA como la DGA, optaron por eximir la modificación de la metodología de cálculo de los Niveles de Alerta del ingreso al SEIA para su evaluación, manifestando que los cambios propuestos "no constituían una modificación de consideración del proyecto".

6. Que, contando con la información necesaria, la SMA no realizó análisis alguno en la resolución reclamada sobre la materia y omitió por completo referirse a la posible contravención de las condiciones establecidas en la RCA respecto a las aguas superficiales. Esto era absolutamente necesario, de acuerdo a la naturaleza de los incumplimientos que, por transgredir condiciones destinadas a proteger el componente agua, requerían para su calificación y posterior determinación de la sanción, el debido análisis sobre la afectación del citado componente".

Finalmente, esta situación no se ha corregido en el tiempo, pues las mismas excedencias han tenido lugar con posterioridad a los hechos que motivaron el proceso infraccional A-002-2013, dando origen al procedimiento de sanción D-011-2015, produciendo graves peligros a la población y efectos directos en los regantes.

Por su parte, la contaminación de las aguas se ha traducido en el perjuicio de los cursos de agua de la cuenca del valle del Río Huasco, afectando a sus agricultores, y causando graves y severos peligros para la salud de la población, incluso causando potenciales riesgos de contraer cáncer, según lo ha señalado la propia SMA. Frente a este antecedente, no creemos que alguna autoridad pueda quedar impávida y permitir que dicha empresa siga funcionando.

6. Única sanción posible: la revocación de la RCA

De los antecedentes que se han recabado a lo largo de años de instrucción del procedimiento ha quedado establecido que CMN contaminó las vegas andinas, contaminó los cursos de agua, ocultó sus infracciones ambientales, y que frente a la elección de proteger la salud de la población y el medio ambiente u obtener algún rédito económico para sus accionistas, se inclinó por esta última alternativa. Todas estas conductas fueron realizadas en forma deliberada y por largo tiempo por parte de CMN, y sólo quedaron al descubierto producto de la casualidad, y ni siquiera así, han sido enmendadas.

CMN ha demostrado un desprecio total por la legislación ambiental y por el respecto de las comunidades y habitantes de las zonas aledañas a su proyecto. Ha afectado a la salud de la población, incrementando sus posibilidades de producir cáncer, frente a lo cual, se ha limitado a señalar que dichas personas no beben directamente del río, pero nada dicen de la contaminación del curso de las aguas.

CMN no merece seguir operando este yacimiento minero, ni continuar con su proyecto Pascua Lama, el cual, además no goza de la licencia social para ser llevado a cabo por esta empresa.

Atendido los graves, reiterados y múltiples antecedentes que se han logrado recabar por años, y la conducta displicente y contumaz de CMN, no queda otra alternativa que aplicarle la máxima sanción que contempla la ley a este proyecto, y revocar la RCA del mismo.

I.

Antecedentes Generales del proyecto Pascua Lama

El Proyecto Pascua Lama es un mega proyecto minero de capitales extranjeros consistente en la creación de una mina a rajo abierto en la frontera entre Chile y Argentina. El proyecto se ubica específicamente en la cabecera de la cuenca del Río El Estrecho, que es un afluente del Río Huasco, en la comuna de Alto del Carmen, Provincia de Huasco, Región de Atacama.

El área de influencia del proyecto Pascua Lama, comprende directamente la Cuenca Río del Estrecho / Chollay conformadas por la Quebrada Agua de la Falda, el Río del Toro, el Río Blanco, el Río Pachuy y el Río Conay, por una parte, y por la otra, la Cuenca del Río Toro / Tres Quebradas / Potrerillos conformada por la Quebrada Ortigas, el Río El Toro, el Río Tres Quebradas, el Río Potrerillos, y el Río del Carmen. Por tanto, la influencia de las actividades de CMN comprende toda la cuenca del Río Huasco y el valle del mismo nombre, incluidas las aguas tanto superficiales como subterráneas de dicho río y sus afluentes.

En efecto, todos estos ríos y quebradas son afluentes del Río Huasco y fluyen hacia el Embalse Santa Juana, cercano a la ciudad de Vallenar, que es el que abastece a los regantes del valle, y posteriormente a los habitantes de Vallenar y los demás pueblos y localidades que conforman el valle del Río Huasco, extendiéndose la influencia del Proyecto a un total de 70.000 personas potencialmente.

Bajo estas circunstancias, el agua que utiliza CMN en sus operaciones, o bien, aquella que de alguna forma sufre un impacto por su actividad, reviste la mayor importancia y fue el objeto principal de preocupación de las autoridades ambientales al momento de evaluar dicho proyecto, y posteriormente darle curso a través de la RCA.

Sin embargo, a la fecha se han constatado una serie de incumplimientos, tanto a la normativa como a los instrumentos de gestión ambiental por parte de CMN, los que han ocasionado diversos episodios de contaminación, como por ejemplo es el caso de la descarga de aguas contaminadas al río El Estrecho⁵, situación que ha afectado directamente a nuestras representadas en el desarrollo de su actividad agrícola, pero también a todas las personas que se encuentran comprendidas dentro del área de influencia del proyecto.

Efectivamente, los episodios de contaminación referidos han conllevado la afectación y exposición de la población al consumo de agua que no cumple con los parámetros de calidad establecidos en la NCh 409, al igual que ha constituido un serio inconveniente en el desarrollo y reputación de las actividades agrícolas que se realizan en la zona, especialmente en lo referido a la calidad del agua para efectos de riego.

En este contexto, hasta el día de hoy, y pese a pronunciamientos al respecto tanto de la SMA, del Segundo Tribunal Ambiental, de Cortes de Apelaciones e incluso de la Excm. Corte Suprema, la calidad de las aguas sigue sin contar con los sistemas de control ordenados por la autoridad ambiental, al igual que sigue sin cumplirse por parte de CMN con la construcción de las obras de ingeniería destinadas a evitar su contaminación, especialmente del sistema de manejo de aguas, existiendo antecedentes graves que permiten concluir que estos lamentables episodios de contaminación y daño ambiental siguen aconteciendo a la fecha, entre otros incumplimientos que se tratarán en lo sucesivo.

A) El procedimiento sancionatorio de autos

El procedimiento sancionatorio A-002-2013 se inició a raíz de una autodenuncia presentada por CMN con fecha 22 de enero de 2013, en la que dicha empresa daba

⁵ Una de estas descargas tuvo lugar en los meses de diciembre de 2012 y enero de 2013, y que se encuentra comprendida en este procedimiento sancionatorio.

cuenta –a su juicio- de diversas infracciones a la RCA N°24/2006 (“RCA”) del Proyecto Pascua Lama (“Proyecto”). En síntesis, en dicha presentación se señaló por la infractora lo siguiente:

- Para el mes de marzo del año 2012, se encontraba pendiente la construcción de la “Obra Salida del Canal Perimetral Norte Inferior”, obra que recibiría el total de las aguas de no contacto, provenientes de los dos canales perimetrales norte, para luego derivarlas a la piscina de sedimentación norte, y así ser descargadas al Río Estrecho.
- En relación a lo indicado precedentemente, CMN informó que adoptó medidas para prevenir los diferentes riesgos, entre las cuales se encuentra la construcción de obras de alivio, no autorizadas en la RCA, denominadas “tubos corrugados”, lo que constituiría una segunda infracción⁶.
- La infractora señaló igualmente que con fecha 22 de diciembre de 2012, ocurrió un aumento de flujo que sobrepasó los estándares de protección de la “Obra de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior”.
- Producto de las medidas adoptadas, el titular identifica una tercera infracción, señalando: *“Con todo, esta misma reconducción temporal (del 22 de diciembre hasta el 7 de enero) significó que las aguas cayeran hacia el subsistema que la RCA ha identificado como de —aguas de contacto-, y aunque ésta no era una de aquellas acciones que el Proyecto podría realizar, todos los resultados del programa de monitoreo de calidad de agua junto con todas las obras del sistema de manejo de aguas de contacto, se comportaron de la manera esperada (...)”*.
- El 10 de enero de 2013, producto de otro aumento de caudal, el titular informa que nuevamente no pudo controlar la caída de agua desde la obra de salida del canal norte inferior al sistema de aguas de contacto, afectando una zona de vegas, ya que éstas fueron alcanzadas por el movimiento de tierra ocasionado por las aguas que cayeron desde la “Obra Salida del Canal Perimetral Norte Inferior”.

A raíz de esto, se efectuaron una serie de acciones de fiscalización a cargo de la SMA, con el objeto de constatar eventuales infracciones a la RCA. Con posterioridad, en la Resolución Exenta N°105⁷ de esta Superintendencia, se rechazó la autodenuncia formulada por CMN, por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 41 de la LO-SMA para tales efectos. Al mismo tiempo, la

⁶ A juicio del infractor, no debería haber construido las obras de alivio, ya que no tomaron en consideración el deber de mantener, en todo momento, la conductividad hidráulica del sistema de aguas de no contacto, y la necesaria redundancia en el sistema de aguas de contacto.

⁷ De fecha 31 de enero de 2013.

SMA ordenó mediante la Resolución Exenta N°107⁸ la adopción de diversas medidas provisionales de corrección, seguridad o control que impidieran la continuidad del riesgo o daño generado, como también la realización de programas de monitoreo y análisis específicos para tales efectos.

Igualmente, durante los primeros meses del año 2013 se presentaron distintas denuncias por regantes y comunidades locales, encontrándose entre los denunciados la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes ("Junta de Vigilancia") y nuestras representadas. La denuncia de éstas últimas se fundó en los siguientes hechos:

- La afectación de las aguas de los ríos Estrecho y Toro, que comenzó el 18 de enero de 2013, y se extendió al menos hasta la fecha de presentación de la denuncia (8 de febrero de 2013);
- No haberse realizado todas las obras civiles contempladas en la RCA vinculadas al sistema de manejo de aguas;
- No haberse adoptado los procedimientos de emergencia establecidos en la RCA denominados "Sistema de Alerta Temprana" y "Plan de Respuesta".

En atención a estos y otros antecedentes, la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de la SMA⁹ dictó con fecha 27 de marzo de 2013 el Ordinario N°58, en el cual formuló distintos cargos en contra de CMN por una serie de hechos constitutivos de infracciones a la RCA¹⁰, y a las Resoluciones N°s107¹¹, 574¹² y 37¹³ de esta SMA, como también por el incumplimiento del Requerimiento de Información solicitado en el numeral 9 del punto 9 del Acta de Inspección

⁸ De fecha 31 de enero de 2013.

⁹ En adelante, "U.I.P.S."

¹⁰ Tales hechos consisten en el incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas principalmente en el Anexo II-M de la Adenda 2, y los considerandos 4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.5.2, 5.1, 7, 9.17 y 9.8 de la RCA. Considerandos 23 a 23.14 del Ordinario U.I.P.S. N°58.

¹¹ Incumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas provisionales adoptadas en el Resuelvo Primero de la Resolución Exenta N° 107, de 31 de enero de 2013, que ordenó la adopción de medidas provisionales de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad del riesgo o daño ahí señalado, y la realización de programas de monitoreos y análisis específicos que indica. Considerandos 24 a 24.6 del Ordinario N°58.

¹² Incumplimiento de las normas establecidas en los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N° 574, de 02 de octubre de 2012, que requirió información a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, instruyendo la forma y modo de su presentación. Considerando 25 del Ordinario N°58.

¹³ El incumplimiento de las normas establecidas en el inciso cuarto del artículo único de la Resolución Exenta N° 37, de 15 de enero de 2013, de esta Superintendencia que dictó e instruyó norma de carácter general sobre entidades de inspección ambiental y validez de reportes. Considerando 26 del Ordinario N°58.

Ambiental de fecha 29 de enero de 2013, realizado por funcionarios de esta Superintendencia¹⁴.

En respuesta a los cargos formulados en su contra, CMN realizó la presentación de fecha 29 de abril de 2013, cuyo objetivo principal consistía en “contestar los cargos que se le imputan a mi representada en el Ordinario N° 058 de la Superintendencia del Medio Ambiente (...), **reconociendo la mayoría de los hechos contenidos en dicho documento**”¹⁵.

En efecto, y como se observa de la presentación en comento, CMN aceptó y reconoció de forma expresa la efectividad de los cargos señalados en los considerandos 23.1, 23.2, 23.3, 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.9, 23.10, 23.11, 23.12, y 23.13 del Ordinario N°58. Asimismo, aceptó y reconoció los cargos contenidos en los considerandos N°s 24.1, 24.2, 24.3, 24.4, 24.5, 24.6, 25, y 26 del Ordinario N°58.

De esta forma, al contestar los cargos de este procedimiento sancionatorio CMN solo controvertió el cargo del considerando N°23.14 del oficio ordinario señalado, referido a la necesidad de profundización de la zanja cortafuga, existiendo un allanamiento íntegro y total por parte de la infractora al resto de los cargos formulados. Así resulta manifiesto por lo demás de las actuaciones siguientes en el procedimiento, hasta la dictación de la Resolución Exenta N°477 del 24 de mayo de 2013 (“Resolución N°477”), pues con posterioridad a su reconocimiento expreso de los cargos, CMN no realizó intervención alguna en el procedimiento.

Este procedimiento sancionatorio finalizó mediante la Resolución N°477, dictada por el Señor Superintendente del Medio Ambiente con fecha 24 de mayo de 2014, mediante la cual se condenó a CMN a pagar una multa que ascendía a la suma de 16.000 UTA¹⁶, por la comisión de las infracciones constitutivas de la formulación de cargos y que fueron reconocidas por CMN¹⁷, ordenando también la adopción de diversas medidas urgentes y transitorias que incluían la paralización de obras mientras no se ejecutara el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA¹⁸.

¹⁴ Considerando 27 del Ordinario N°58.

¹⁵ Página 2 de la contestación de los cargos por CMN.

¹⁶ Unos 7.500.000.000 millones de pesos.

¹⁷ Resuelvo primero de la Resolución Exenta N° 477.

¹⁸ Resuelvo segundo de la Resolución Exenta N° 477.

B) Reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental ("STA"), Rol R-06-2013

Frente a la decisión adoptada por la SMA en la Resolución N°477, Agrícola Santa Mónica Limitada, Agrícola Dos Hermanos y las comunidades Diaguitas dedujeron reclamo de ilegalidad ante el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol R-06-2013, el que mediante sentencia definitiva de fecha 3 de marzo de 2014¹⁹, verificó la existencia de vicios de ilegalidad de los cuales adolecía la Resolución N°477, referidos principalmente a infracciones al deber de motivación del acto administrativo y, en particular, al deber de fundamentar la resolución de término del procedimiento sancionatorio.

Además, corroboró la existencia de diversas infracciones a la legislación ambiental que debían ser consideradas como gravísimas, constatando la existencia de daño ambiental en las vegas andinas, la obstrucción de las facultades de fiscalización de la SMA; la violación reiterada de la construcción e implementación del sistema de manejo de aguas y la omisión del seguimiento de los protocolos de emergencia, concluyendo que existía una severa afectación de la calidad de las aguas e indicios de daños ambiental sobre los que debía pronunciarse la SMA, entre otros.

Esto llevó al Tribunal a dejar constancia incluso que: "a lo largo del proceso de reclamación, ha podido corroborar que la Compañía ha tenido, en general, un comportamiento habitual de incumplimiento a la normativa ambiental. Ahora bien, en el caso particular de la Resolución Exenta N° 107 y del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de 29 de enero de 2013, el comportamiento displicente de la Compañía respecto a los requerimientos de la autoridad fiscalizadora han sido evidentes".

En virtud de ello, el Segundo Tribunal Ambiental instruyó a la SMA para hacer más gravosa la sanción impuesta a CMN, existiendo hasta la fecha 8 infracciones gravísimas ya constatadas y que no pueden ser modificadas, más eventuales 11 infracciones gravísimas más por infracciones a la RCA.

Así, el Segundo Tribunal Ambiental resolvió lo siguiente:

1. Acoger parcialmente las reclamaciones de Rubén Cruz Pérez y otros, de 11 de junio de 2013, de la Asociación Indígena "Consejo Comunal Diaguita de

¹⁹ Sentencia confirmada por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de diciembre de 2014, autos Rol 11.600-2014.

Guascoalto" y otros, de 17 de junio de 2013, y de Agrícola Santa Mónica Ltda. y otra, de 17 de junio de 2013, en contra de la Resolución Exenta N° 477, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente con fecha de 24 de mayo de 2013, por no conformarse ésta a la normativa vigente según lo desarrollado en la parte considerativa;

2. Anular la Resolución Exenta N° 477 del Superintendente del Medio Ambiente, de 24 de mayo de 2013, excepto en lo dispuesto en el numeral Segundo de la parte resolutive de dicha resolución; esto es, manteniendo la vigencia de las medidas urgentes y transitorias decretadas en ella;

3. Ordenar al Sr. Superintendente del Medio Ambiente que, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 54 inciso 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, disponga la corrección de los vicios de procedimiento y la realización de las diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades establecidas en esta sentencia y, luego, proceda a dictar una nueva Resolución conforme a derecho”.

Esta sentencia fue confirmada, íntegramente, por la Excma. Corte Suprema, por sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, por lo que se encuentra firme, debiendo observarse sus términos al momento de dictarse la nueva resolución de término de este procedimiento sancionatorio. De lo contrario, y en cuanto se contravengan aspectos ya resueltos –y por ende, inamovibles- en sede jurisdiccional, inevitablemente la resolución de término a dictarse adolecerá de nulidad

C) Recurso de Protección Rol 300-2012 de la I. Corte de Apelaciones de Copiapó

Entre las acciones iniciadas en contra del Proyecto, se encuentra un recurso de protección interpuesto por diversas comunidades indígenas diaguitas en contra de CMN, ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Copiapó, entre otras razones por diversos episodios de contaminación ambiental. Fallando el recurso, la Iltrma. Corte ordenó a la recurrida con fecha 15 de julio de 2013 lo siguiente:

“1.- Mantener paralizada la construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas, así como las medidas urgentes y transitorias que ha ordenado la Superintendencia del Medio Ambiente, previa verificación por parte de la mencionada autoridad medioambiental.

2.- Solicitar el recurrido, dentro del plazo de 15 días hábiles contado de la notificación de la presente resolución, el inicio del procedimiento administrativo de revisión de la RCA, para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas del proyecto ha variado sustantivamente, y por ende, corresponde adoptar las medidas administrativas necesarias para corregir dicha situación. En el evento que la autoridad competente, determine la ausencia de una modificación de las variables ambientales y la improcedencia de una revisión a la RCA, se requerirá por esta Corte a la Superintendencia del Medio Ambiente iniciar un proceso de investigación respecto a los referidos hechos y los efectos que pudieren provocar.

3.- Presentar toda la información relativa al plan de seguimiento y monitoreo de glaciares y glaciaretos ante la Superintendencia del Medio Ambiente a fin de que ésta fiscalice y monitoree el cabal cumplimiento de la ley ambiental, sin perjuicio de que incoe los procedimientos administrativos correspondientes.

II.- Con el objeto de velar por el íntegro y adecuado cumplimiento de lo decretado precedentemente, la Superintendencia del Medio Ambiente deberá implementar y ejecutar, a lo menos semestralmente, actividades de fiscalización al proyecto, en especial, a las obras relacionadas con los recursos hídricos afectados por su realización²⁰.

Para resolver de ese modo, la ltima. Corte de Apelaciones de Copiapó tomó en consideración la conducta de CMN en relación con el cumplimiento de la normativa ambiental, dejando constancia que:

"Esto importa a juicio de esta Corte, una actitud reiterada y contumaz por parte de la empresa recurrida, por cuanto permanentemente no entrega información en tiempo y forma, obstaculizando la corroboración de los antecedentes que se le requieren y con ello infringiendo la RCA. En efecto, en dicho proceso sancionatorio estimó la Comisión de Evaluación Ambiental que la empresa Nevada SpA no ha implementado correctamente las acciones tendientes a mitigar y controlar el material particulado, lo que per se instituye en una amenaza a los recursos hídricos del lugar, según preceptúa la RCA, ello no obstante comprobarse en aquel proceso incumplimientos graves al Plan de Monitoreo de Glaciares, siendo estas obligaciones aplicables en todo el desarrollo del proyecto, según prescribe la RCA, por lo que estas faltas constituyen una evidente, actual y manifiesta amenaza a los recursos naturales en cuestión, máxime si se tiene en consideración -lo dicho previamente-, en cuanto la titular del proyecto minero no proporciona la información requerida

²⁰ Sentencia de la ltima. Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 15 de julio de 2013, en causa Rol N°300-2012.

con lo que se erige un manto de dudas en relación a la seriedad y compromiso de la misma con la norma ambiental que gobierna y coacciona su actuar”.

Para efectos del procedimiento de autos, lo señalado constituye un antecedente más de la manera de obrar que ha consolidado CMN respecto al cumplimiento de las obligaciones ambientales contraídas con motivo de su proyecto Pascua Lama, y deberá tenerse en consideración al aplicar las circunstancias calificantes del artículo 40 LO-SMA.

D) Procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-011-2015

Finalmente, y como se detallará más adelante, junto a la reapertura de este procedimiento la SMA formuló nuevos cargos en contra de CMN, por hechos que dicen relación con la intervención de más de 13 hectáreas de las permitidas en la RCA de la especie floral Azorella Madrepórica, y más de 2 hectáreas de las vegas andinas; por haberse registrado excedencias de la calidad de las aguas en la planta de tratamiento de las aguas ácidas de contacto; y por no haber dado cumplimiento íntegro al plan de monitoreo de los glaciares, entre otros.

II.

Objeto de la reapertura de este procedimiento sancionatorio

Con fecha 22 de abril de 2015, la División de Sanción y Cumplimiento²¹ de la SMA dictó la Resolución Exenta N°696, la cual “ordena la reapertura del procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-002-2013 y resuelve lo que indica”. Del contenido de esa resolución, y particularmente de sus considerandos N°s 14 a 17, se aprecia con claridad que la razón que motiva esta reapertura consiste en dar cumplimiento a lo ordenado en el N°3 de la parte resolutive de la sentencia dictada por el STA en la causa Rol R-06-2013.

En efecto, en la letra D) de la resolución en comento, la D.S.C. de esta entidad fiscalizadora da cuenta de una serie de “actos administrativos destinados a dar cumplimiento al mandato judicial del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental”, para luego señalar en su parte resolutive lo siguiente:

“RESUELVO:

²¹ En lo sucesivo, “D.S.C.”.

REABRIR EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Rol A-002-2013, en virtud de lo mandatado por el Segundo tribunal Ambiental, en su sentencia de fecha 3 de marzo de 2014, causa Rol R-06-2013. En razón de lo señalado en el numeral 15 y 21 de la presente Resolución, se ordena retrotraer el procedimiento administrativo en comento, hasta el momento inmediatamente posterior a la última actuación útil del procedimiento, es decir, el Memorándum DFZ N° 258, de 14 de mayo de 2013, que rola a fojas 330 a 337”.

De este modo, indudablemente el objeto que tiene la presente reapertura consiste en enmendar las ilegalidades constatadas en la Resolución N°477, y que dicen relación con (i) la errónea aplicación de un concurso infraccional, en los términos de considerar como una sola infracción una serie de hechos separados e independientes, fáctica y jurídicamente; (ii) la falta de fundamento de las sanciones impuestas por la SMA, en atención a que de los abundantes antecedentes que obran en el procedimiento sancionatorio se acreditaron infracciones de carácter gravísimo, sin que se haya justificado la exclusión realizada por la SMA de aplicar sanciones más graves; (iii) las circunstancias que contempla el artículo 40 LO-SMA para efectos de determinar las sanciones; (iv) la recalificación de las sanciones a imponer conforme a derecho, entre otros.

Lo anterior, sumado al allanamiento –inalterable a estas alturas- a 22 de los 23 cargos formulados en el Ordinario N°58²², permite concluir que, sin lugar a dudas, las sanciones a aplicar en esta oportunidad necesariamente deberán ser mayores a las contenidas en la Resolución N°477, como consecuencia de que deberá sancionarse cada hecho infraccional de forma independiente; la constatación del carácter gravísimo de diversos hechos constitutivos de cargos; la adecuada ponderación de las calificantes del artículo 40 LO-SMA, etc.

Esto se vio a su vez reflejado en los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados en este procedimiento, mediante la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N°1191 del 17 de diciembre de 2015:

“Resuelvo:

II. Fijar los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

7. Necesidad de profundización del muro cortafuga;
8. Superficie total de vega altoandina afectada;
9. Efectividad de haberse generado riesgo a la salud de la población, de conformidad al artículo 40 literal b) de la LO-SMA, como consecuencia de

²² Exceptuando al cargo contenido en el considerando 23.14 del Ordinario N°58.

- 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;
10. Efectividad de haberse realizado la prueba de estanqueidad en la piscina de pulido, con un volumen determinado de líquido descargado al Río Estrecho, con una calidad tal que se ajustara a la normativa aplicable al proyecto minero;
 11. Consideraciones técnicas relativas a la construcción y funcionamiento de la CCR, contempladas por la DGA;
 12. Intencionalidad en la comisión de ciertas infracciones”.

A su vez, estos puntos se reconducen finalmente a dos:

- (i) La aplicación de las calificantes establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA;
- y
- (ii) La necesidad de profundización del muro cortafuga.

Este es el marco que la SMA deberá tener presente al valorar los nuevos antecedentes allegados al proceso, sin que se pueda reabrir la discusión respecto a aquellos hechos que ya se encuentran debidamente establecidos en virtud de las actuaciones y reconocimientos vertidos ante esta Superintendencia, pues en caso contrario nos encontraríamos nuevamente frente a vicios de ilegalidad que afectan no sólo el adecuado desarrollo de este procedimiento, sino también el legítimo interés y ejercicio de derechos de los demás intervinientes.

Por último, para cerrar este apartado, es necesario realizar algunas observaciones respecto a afirmaciones vertidas por CMN en este procedimiento, mediante las cuales intenta impugnar el contenido firme de la sentencia dictada por el STA en lo que dice relación con la reapertura del procedimiento, y que de seguirse acarrearían nuevos y graves vicios en la resolución a dictarse.

En síntesis, bajo lo que denomina “algunas consideraciones necesarias en relación con el estándar de revisión judicial: reclamaciones de actos dictados en ejercicio de potestad sancionatoria”²³, CMN afirma lo siguiente:

- Recurriendo a la distinción entre el contenido reglado y el contenido discrecional de los actos, CMN señala que en los primeros cabe un control judicial fuerte, mientras que en los segundos este control se encuentra más

²³ Carta PL-066/2016, páginas 12 y siguientes.

bien limitado, precisamente porque comprenden el ejercicio de un amplio espectro de decisión, referido en este caso a una discrecionalidad técnica.

- Por lo anterior, no sería posible por vía judicial determinar “en su totalidad el contenido técnico del acto que deberá emitir el órgano administrativo”²⁴, sin perjuicio de que tales contenidos se encuentran igualmente sujetos a la revisión judicial. El artículo 30 de la Ley 20.600 sería coherente con lo señalado.
- A su juicio, el fallo dictado por el STA se extendería latamente sobre cuestiones de alta complejidad técnica, lo que habría “afectado gravemente la discrecionalidad administrativa de la SMA”²⁵.
- Finalmente, señala que en el ámbito discrecional es a la SMA a quien le corresponde definir las valoraciones técnicas sobre las que habrá de dictarse el nuevo acto administrativo, “máxime cuando, como consecuencia de la nulidad de 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”²⁶.

Al respecto, cabe hacer las siguientes precisiones:

- La infractora reconoce expresamente que el contenido discrecional de los actos se encuentra igualmente sujeto a revisión judicial, pues una exclusión total de la revisión en este ámbito no se condice con un estado de derecho²⁷.
- A su vez, refiriéndose a las valoraciones técnicas comprendidas dentro del ámbito discrecional, señala que, “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”²⁸.

²⁴ *Ibíd.*, página 13.

²⁵ *Ibíd.*, página 15.

²⁶ *Ibíd.*, página 17.

²⁷ *Ibíd.*, páginas 14 y 15.

²⁸ *Ibíd.*, página 15.

- La “buena y razonable explicación” a que alude CMN en el punto anterior es la gran ausente en la Resolución N°477, hecho que motivó su anulación. En efecto, en ella la SMA se pronunció solo sobre algunos antecedentes, sin ponderar otros de igual o mayor importancia. Más allá de lo técnico o discrecional, lo que se advirtió fue un vicio de ilegalidad y arbitrariedad de la mencionada resolución, pues no se cumplió con la fundamentación exigida por el artículo 54 LO-SMA.

Por lo demás, tratándose del ejercicio de una potestad sancionadora, naturalmente se debe recurrir a los antecedentes que obren en el procedimiento para evaluar la adecuada fundamentación de las sanciones impuestas, ya que son la razón primera que condicionará las sanciones aplicables al regulado.

- Pero además, la discrecionalidad técnica no es sinónimo de arbitrariedad: si bien dentro de un determinado ámbito el órgano sectorial tiene mayor libertad para decidir, ello se funda en su idoneidad y capacidad para evaluar materias de tal carácter.

Sin embargo, ello no excluye al órgano en cuestión -en este caso a la SMA- del deber de fundamentación/motivación de sus actos y decisiones, sean técnicas o administrativas. Así lo declara expresamente el artículo 54 de la LO-SMA, y supletoriamente el artículo 41 de la Ley N°19.880. Si un acto (incluso de contenido técnico) adolece de falta de la fundamentación necesaria para justificar su proceder, es del todo lógico que tenga lugar la revisión judicial, pues ese uno de sus objetos. Por la misma razón es que, a *posteriori*, dicha revisión debe ser respetada por el órgano que dictó el acto revisado, pues en caso contrario la eficacia del control sería nula.

- En la especie, el STA en ningún momento vulneró –menos en la forma que intenta establecer la infractora- la esfera discrecional técnica de la SMA. Al contrario, en un ámbito de su plena competencia²⁹, reprochó la falta de fundamentación de la Resolución N°477 en distintos ámbitos, sin dictar una especie de “fallo de reemplazo” como pretende presentar CMN, pero sí constatando los antecedentes que obraban en el procedimiento, y respecto de los cuales la SMA hizo caso omiso, lo que en definitiva configuró el vicio.

²⁹ Artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600.

De este modo, lo ordenado por el STA consiste en que se pondere adecuadamente toda la prueba ya rendida y las actuaciones del procedimiento, las que no se condecían en ese entonces con las sanciones determinadas y valoraciones efectuadas por la SMA, que dejó de lado antecedentes importantes.

Lo mismo aplica en el caso del concurso infraccional contenido en la Resolución N°477, y a los demás vicios que hemos aludido con anterioridad: el STA ha obrado realizando un control judicial de los actos administrativos.

Así, los reparos efectuados por CMN –consciente de la gravedad de los actos en que ha incurrido, y de la evidencia en su contra- buscan que la SMA se aparte de la corrección efectuada por el STA conforme a derecho, dentro del ámbito de su competencia, pues es inevitable que la sanción a imponerse en esta oportunidad sea mayor, y no por razones que la infractora pueda calificar de estrictamente técnicas:

- (i) La improcedencia del concurso infraccional, que gatilla la sanción en forma separada de los distintos cargos formulados en autos. Cabe recordar que la infractora se allanó respecto a 22 de 23 cargos, los que además han sido abundantemente acreditados, por lo que la sanción no puede sino superar con creces las 16.000 UTA establecidas en la Resolución N°477.
 - (ii) Sin considerar otras infracciones, solo las que dicen relación con la Resolución N°107 tienen el carácter de gravísimas, por cuanto impidieron el ejercicio de las atribuciones de la SMA. Esta circunstancia también tiene por resultado que la sanción resultante de esta reapertura no puede ser sino mayor a la anterior.
- Finalmente, queda expuesta otra conducta oportunista de la infractora en relación con los antecedentes incorporados al proceso. En un primer momento, y de forma tajante, ésta afirma que “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 defensa³⁰, aludiendo claramente a antecedentes perjudiciales a sus intereses.

Sin embargo, solo unos párrafos después, afirma lo siguiente en relación a los antecedentes por ella incorporados –de forma improcedente, como se verá en el punto siguiente-: “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 que la SMA, al dictar al 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 en los hechos investigados: antecedentes que obviamente no fueron considerados por el Tribunal Ambiental, pero deben sí ser considerados por la SMA³¹.

Esta sugerencia de apreciación parcial de los antecedentes, basada en su exclusivo beneficio, junto a las afirmaciones que hemos comentado recientemente, deben ser analizadas con cuidado por la SMA. En efecto, lo anterior podría traducirse en contrariar aspectos que ya se encuentran fallados y establecidos por el STA bajo la excusa de una supuesta intromisión en facultades discrecionales técnicas, lo que a su vez configuraría una desobediencia a lo ordenado por un tribunal de la República, atentando además contra el principio de legalidad, y acarreando en definitiva una nueva nulidad de la resolución de término.

Lo fallado por el STA es inamovible, encontrándose por lo demás esta sentencia ajustada completamente a derecho, en ejercicio del control judicial de los actos administrativos que, como es obvio, es vinculante para el órgano que realizó el acto en cuestión.

III.

Actitud del infractor en este procedimiento

³⁰ *Ibíd.*, página 12.

³¹ *Ibíd.*, página 17.

Como se ha señalado, la reapertura del procedimiento obedece a lo dispuesto por el STA en la sentencia de la causa Rol R-06-2013, en particular en su resuelto N°3, citado precedentemente.

En consecuencia, la anulación de lo dispuesto en el Resuelto I de la Resolución N°477 implica que este procedimiento se ha retrotraído hasta el momento inmediatamente posterior a la última actuación útil del procedimiento, es decir, el Memorándum DFZ N°258, de 14 de mayo de 2013.

Así, las actuaciones de (i) fiscalización; (ii) formulación de cargos; (iii) contestación y allanamiento a los cargos por parte de CMN; los antecedentes allegados al procedimiento, y en general aquellas actuaciones realizadas (u omitidas) durante el curso de éste hasta el 14 de mayo de 2013, se encuentran completamente firmes, sin que sea posible revertir o reabrir una discusión sobre tales puntos. La oportunidad para realizar alegaciones, esgrimir defensas, aducir circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad, quedó consumada y extinta al momento de contestar y controvertir los cargos formulados por la SMA, lo que, en este caso, consistió en un allanamiento por parte de CMN a 22 de los 23 cargos formulados, sin que se alegaran eximentes ni se ofreciere prueba para respaldar la controversia de los hechos.

De este modo, la reapertura de este procedimiento sancionatorio sólo tiene por objeto la corrección de vicios incurridos en la dictación de la Resolución N°477, y que dicen relación con (i) la falta de la debida fundamentación en la calificación y determinación de las sanciones aplicadas –y de por qué se descartó la aplicación de sanciones más graves-; (ii) la omisión de un pronunciamiento respecto a las solicitudes formuladas en las denuncias de los interesados (por ejemplo, declarar la contaminación de las aguas); (iii) la aplicación de las calificantes establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA (las que naturalmente deben considerarse en relación a la fecha de imputación de cargos), y (iv) la necesidad de profundización del muro cortafuga, principalmente.

Sin embargo, de forma reiterativa y ciertamente equívoca, CMN ha buscado, ya sea mediante la referencia a las calificantes del artículo 40 LO-SMA, como también en relación con la discusión acerca de la necesidad del muro cortafuga, o derechamente aludiendo a otros de los cargos formulados, incorporar antecedentes de forma extemporánea que le permitan, subrepticamente, controvertir la

ocurrencia de los hechos que ella misma ha reconocido con anterioridad en a lo menos dos ocasiones distintas: al momento de la autodenuncia (respecto de algunos cargos), y luego al contestar los cargos formulados por esta Superintendencia (allanándose en los hechos y el derecho, exceptuando solo un cargo).

En este sentido, la propia infractora ha afirmado recientemente que con posterioridad a la reapertura “se mantuvo la Formulación de Cargos y todas las actuaciones y antecedentes producidos con posterioridad, hasta el referido Memorandum DFZ N°258”³², lo que evidentemente abarca su reconocimiento de 22 de los 23 cargos formulados en su contra. No obstante ello, la infractora luego señala que ha hecho 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 sancionatoria, así como las subjetivas y, en particular, para complementar y observar el contenido de los antecedentes que fueran produciéndose durante la tramitación del procedimiento”³³. Esta afirmación es realmente un anuncio –intempestivo, sobre un derecho ya precluido- de la futura controversia de todos los hechos materia de cargos, lo que atenta contra la finalidad propia de esta reapertura, y que se centra en la corrección de ciertos vicios de ilegalidad constatados en sede jurisdiccional pero no en una re-discusión de hechos ya probados y reconocidos.

Lo anterior sólo da cuenta de una conducta errática y contradictoria de CMN respecto a sus propias actuaciones en el proceso con miras a buscar su exclusivo beneficio, como en otras ocasiones ha intentado la infractora, y que también se condicen con los cargos materia de este procedimiento y otros hechos que se encuentran actualmente en conocimiento de entidades administrativas y judiciales.

Esta actitud no sólo merece todo tipo de reparos, sino que además es del todo desconcertante, pues hasta el último minuto CMN intenta eludir el cumplimiento (voluntario u ordenado por la autoridad correspondiente) de obligaciones contraídas hace más de una década, y que ha incumplido de forma reiterada en el tiempo sin mostrar ánimo alguno de revertir esta desdeñosa forma de proceder en materia ambiental.

³² Carta PL-066-2016, página 11.

³³ Ibid., páginas 11 y 12.

Las solicitudes formuladas en sus presentaciones de fecha 14 de mayo de 2015³⁴ y 31 de mayo de 2016³⁵, consistentes en que se atenúen las sanciones anteriormente determinadas por la SMA, aludiendo a supuestos antecedentes "sobrevinientes" y que en realidad consisten en una reapertura de forma oblicua (e incluso, a veces derechamente) de hechos cuya acreditación quedó firme tanto por sus actuaciones en esta sede como por los antecedentes que obran en el expediente, es una muestra más del histórico comportamiento que esta compañía ha tenido a través de los años, y que se ha acreditado reiteradamente ante la SMA, Tribunales Ambientales, y Tribunales Superiores.

Esta actitud de CMN adoptada ante la reapertura del procedimiento puede constarse, a título ejemplar, en lo siguiente:

- (i) CMN ha controvertido en la reapertura de este procedimiento sancionatorio el haber obstaculizado el ejercicio de atribuciones de esta Superintendencia (hecho que incluso fue ratificado por el STA), para sostener como argumento a su favor el haber presentado una autodenuncia, la que –dicho sea de paso- no cumplía con las exigencias mínimas legales para que pudiese ser acogida, y que no contenía siquiera la mitad de los hechos que son materia de cargos en este procedimiento sancionatorio.

Además, ¿de qué manera esto desvirtúa la acreditada entrega de información falsa a las autoridades ambientales sobre el estado de avance de las obras civiles del proyecto? ¿o la no entrega oportuna de información requerida por las autoridades, como por ejemplo es el caso de las infracciones a las medidas establecidas en la Resolución N°107? Ciertamente, de ninguna.

- (ii) Sostiene la infractora que de los "antecedentes más robustos" se concluiría que no corresponde agravar la sanción que originalmente le fue cursada y posteriormente anulada. Así, con total desparpajo afirma que "más aún, procede a juicio nuestro atenuarla, en consideración al análisis pormenorizado de los cargos y las probanzas allegadas al procedimiento"³⁶.

³⁴ Véase por ejemplo la página 7 de la Carta PL-0085/2015 presentada por CMN.

³⁵ Por ejemplo, véase la página 4 de la Carta PL-066/2016 de CMN.

³⁶ *Ibid.*, también página 29.

Pues bien, ¿cuáles serían tales antecedentes? Se trata de distintos informes encargados por la propia CMN, generalmente a empresas que han colaborado con ella de forma permanente en el tiempo, y que en más de una ocasión se han referido derechamente a hechos cuya controversia quedó zanjada desde la contestación –y allanamiento- a la formulación de cargos, lo que constituye desde ya un motivo suficiente para desecharlos³⁷. Pero además existen casos en que no consta la efectiva y oportuna toma de muestras (como es el caso de la Carta PL-017-2016³⁸), o el que no se trate de antecedentes nuevos que se están incorporando irregularmente al proceso (por ejemplo en la Carta PL-48-2016).

Más llamativo resulta el hecho que, tratándose de informes solicitados por la SMA como consecuencia directa de lo resuelto por el STA, CMN objete tales diligencias acusando la incorporación de supuestos nuevos antecedentes³⁹, siendo que se trata de correcciones de una información ya procesada oportunamente, a diferencia de sus propias “diligencias probatorias” que sí incorporan (o han intentado hacerlo) antecedentes posteriores a los hechos materia de cargos.

Así, curiosamente la empresa ha señalado que “(...) 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 (...)”⁴⁰, criterio que por lo demás deberá ser aplicado por la SMA respecto de las actuaciones y antecedentes presentados por la infractora.

³⁷ Esta actitud de CMN ha sido incluso reconocida por la propia SMA, por ejemplo cuando restringió los puntos sobre los cuales debía declarar en calidad de “testigo experto” el señor Carlos Espinosa, pues se extendía a puntos que se encontraban fuera de aquellos fijados por la SMA como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. También se puede apreciar en la reciente Carta PL-60-2016, en que se acompañó información distinta a la requerida y que es materia de otros cargos.

³⁸ Por ejemplo, en este caso no consta certificación alguna de que el laboratorio que emitió los informes acompañados por CMN haya tomado directamente las muestras en terreno, y que no haya sido la empresa quien habría realizado esta actuación para luego enviar las muestras a análisis. Tampoco hay levantamiento ante notario ni registros de que las muestras hayan sido efectivamente tomadas en los puntos de control señalados, sin que exista certeza respecto a esta información. La única información en este sentido es la propia afirmación de la requerida al señalar que el laboratorio ALS Life Sciences Chile S.A. habría efectuado la toma de muestras con fecha 20 de enero de 2016.

³⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de la impugnación efectuada del Memorandum DFZ N°107.

⁴⁰ Página 12 de la Carta PL-066-2016. Destacado en el original.

- (iii) La empresa en cuestión alude también a una supuesta 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 que deberían tenerse en cuenta conforme al artículo 40 LO-SMA. Sin embargo, esta afirmación y sugerencia que realiza la infractora choca drásticamente con la realidad de los hechos, pues no se ve cómo se conciliaría esta “conducta posterior positiva” con la apertura de un segundo procedimiento sancionatorio en su contra ante esta Superintendencia (Rol D-011-2015), o con la tramitación de un plan de cierre temporal ante el Sernageomin del que hasta la fecha sigue sin conocerse de qué forma se aseguró la estabilidad físico-química del lugar en que se encuentra emplazado el Proyecto, ni con las múltiples denuncias en su contra que han sobrevenido a la dictación de la Resolución N°477.

Inclusive, en este procedimiento –en vez de mantener su allanamiento respecto a los cargos- se ha dedicado a controvertir solapadamente –y a “última hora”- una serie de hechos que han quedado establecidos, con su consentimiento, con anterioridad. Y, más grave aún: sigue sin haber respuesta a los episodios de contaminación ambiental y a la implementación del sistema de manejo de aguas, en los términos ordenados en la RCA. Entre otros.

En suma, desde la reapertura de este procedimiento, CMN ha adoptado una conducta absolutamente improcedente, al intentar reabrir la discusión respecto de cargos a los cuales se ha allanado en forma expresa y sin controversia alguna, habiendo transcurrido la oportunidad respectiva para tales efectos, y realizando estas verdaderas “maniobras” a través de la incorporación de antecedentes posteriores a los hechos materia de cargos y de controvertir derechamente la configuración que éstos tendrían “realmente”. Y ello es improcedente en un doble sentido: primero, porque en la oportunidad en que CMN debió haber efectuado sus descargos, no lo hizo, e incluso reconoció algunos de ellos con anterioridad a la formulación de cargos; y segundo, porque la reapertura del procedimiento se aboca a la corrección de determinados vicios de ilegalidad constatados por vía de reclamación por el STA, y en ningún momento comprenden la reapertura desde un comienzo del procedimiento sancionatorio, ni la posibilidad de discutir nuevamente los hechos que han quedado establecidos con anterioridad. Así lo reconoce la propia CMN.

Finalmente, cabe advertir que la forma de proceder señalada, como también la admisión y ponderación de la prueba incorporada al procedimiento bajo esa forma, en que se controvertan supuestos fácticos de los cargos ya aceptados, infringe violentamente el principio de bilateralidad de la audiencia y el derecho a prueba de que son titulares los otros interesados, pues los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados como materia de prueba con ocasión de la reapertura tienen estricta relación con dos puntos:

- (iii) La aplicación de las calificantes establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA;
- y
- (iv) La necesidad de profundización del muro cortafuga.

Naturalmente, ninguno de los interesados que sí respetan el debido proceso, y se ciñen a los puntos fijados por la SMA, acompañó antecedentes para fines tales como "acreditar las circunstancias objetivas que conforman los supuestos de hecho en este sancionatoria", pues no sólo se referirían a hechos que están fuera de los puntos de prueba –vulnerando el principio de congruencia–, sino que además estaría pasando sobre materias que ya han quedado firmes en virtud de la sentencia ejecutoriada del STA, y que no admiten nueva discusión.

Por ello, todas estas alegaciones de la infractora deberán ser desechadas al momento de determinar las sanciones a imponer a esta empresa con motivo de las múltiples infracciones ambientales en que ha incurrido, y que siguen generando consecuencias nocivas hasta la fecha de esta presentación.

IV.

Infracciones acreditadas en este procedimiento

Mediante la autodenuncia de CMN⁴¹, su posterior allanamiento a la formulación de cargos, y los distintos antecedentes que fueron incorporados al procedimiento, quedaron debidamente acreditadas y establecidas las distintas infracciones que motivaron la formulación de cargos.

Atendido que la discusión sobre este punto se encuentra concluida –con excepción del cargo contenido en el considerando 23.14 del Ordinario N°58–, sólo nos

⁴¹ La que a su vez fue ratificada por don Guillermo Caló, Presidente en aquel entonces de Barrick Sudamérica, en la declaración ante la SMA con fecha 28 de enero de 2013.

referiremos a algunos aspectos de la prueba rendida que es necesario remarcar de cara a la resolución de término a dictarse por el Señor Superintendente.

A. Consideraciones generales⁴²

A lo largo de este procedimiento, ha quedado establecida la efectividad en los hechos de cada uno de los cargos imputados a CMN, tales como la no construcción de diversas obras civiles, la no entrega oportuna de información a la autoridad, la realización de descargas en el río Estrecho, por sólo mencionar algunas. Igualmente, consta que CMN decidió no realizar las inversiones necesarias en el sistema de manejo de aguas -y que se estimaban en una suma cercana a los US\$250 millones de dólares-, optando por continuar con el pre-stripping pese a existir el riesgo de que la calidad de las aguas se viera afectada, como efectivamente ocurrió.

Este último hecho en particular, consistente en que se ha privilegiado un beneficio económico por sobre un bien jurídico mayor como es la protección del medio ambiente y la calidad de las aguas, es determinante por sí de la revocación de la RCA de este Proyecto, pues no puede haber una muestra más clara de un nulo interés de cumplir con la legislación ambiental. Pero además de este carácter negativo *per se*, la situación descrita es especialmente grave, pues tiene incidencia en otras infracciones cuya efectividad y consecuencias perniciosas han quedado demostradas, y que consisten en:

- a) La afectación y daño ambiental de las aguas del Río Estrecho, mediante la infracción no solo de la RCA del Proyecto, sino que además de las Normas

⁴² Los hechos, actos y omisiones que fundan el incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas principalmente en el Anexo 11-M de la Adenda 2, y los considerandos 4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.5.2, 5.1, 7, 9.17 y 9.8 de la RCA, con la sola excepción al señalado en el numeral N°23.14 del Ord. U.I.P.S. N° 58, se encuentran abundantemente acreditados tanto por el reconocimiento expreso del infractor, en la cual ha aceptado y reconocido la ocurrencia de ellos y la infracción a la normativa ambiental, como por los Informes de Fiscalización que se han adjuntado a este procedimiento, junto a otros documentos tales como los Flash Reports incorporados mediante la Resolución N°696, que ordenó la reapertura de los autos Rol A-002-2013.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de la aceptación de los cargos formulados por parte de CMN, los actos y omisiones que fundan el incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA, salvo el indicado en el numeral 23.14 del Ord. U.I.P.S. N° 58, se han comprobado a través del Memorándum DFZ N° 134, de 25 de marzo de 2013, que remitió a la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios el Informe de Fiscalización Ambiental de la Inspección Ambiental realizada al Proyecto Pascua Lama y la presentación de Minera Nevada. Asimismo, las infracciones al Res. Ex. N°107, del 31 de enero del 2013, fueron debidamente acreditadas, más allá de la aceptación que hizo CMN, a través del Memorándum DFZ N° 133, de 25 de marzo de 2013. Las demás infracciones cometidas contra los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N° 574, de 02 de octubre de 2012, el inciso cuarto del artículo único de la Resolución Exenta N° 37, de 15 de enero de 2013 y el numeral 9 del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de fecha 29 de enero de 2013 se encuentran totalmente acreditadas de conformidad a los considerandos 85°, 86° y 87° de la Res. Ex N° 477 de fecha 24 de mayo de 2013.

Chilenas de Calidad N°1.333 y N° 409, y el DS N°90, dañando y afectando a todas las personas y agricultores que se encuentran aguas abajo de Pascua Lama.

CMN ha tratado de defenderse invocando que las causas de la acidificación de las aguas no son atribuible a ella, sino que a causas naturales que han modificado las líneas de base. Lo anterior es del todo falso, porque existen antecedentes agregados al proceso que señalan que todos los afluentes del Río Estrecho antes de que se vean influenciado por la actividad de Pascua Lama no presentan alteraciones significativas, por lo que un análisis mínimo de causalidad lleva a concluir lo contrario.

Sobre este punto, y en atención a los antecedentes que obraban en autos, el STA señaló que:

“Hay indicios de que las obras y actividades de la fase de Construcción del proyecto Pascua Lama han alterado la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del Río Estrecho, considerando el comportamiento de los parámetros indicativos del Drenaje Acido de Rocas y la turbidez, detectándose un incremento a partir del inicio de esta fase en comparación con la Línea de Base establecida en la RCA y las correspondientes normas aplicables”⁴³.

b) CMN infringió deliberadamente las obligaciones de monitoreo y entrega de información a las que se obligó en la RCA y que posteriormente le impuso la SMA en las medidas provisionales adoptadas en el Resuelvo Primero de la Resolución N° 107; en la Resolución Exenta N° 574; en el inciso cuarto del artículo único de la Resolución Exenta N°37; y en el numeral 9 del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de fecha 29 de enero de 2013.

Esta situación produjo un enorme perjuicio porque no permitió conocer, ni adoptar las medidas necesarias para haber evitado la contaminación de las aguas y del medio ambiente contempladas en los Planes de Emergencia de la RCA, ocultando esta situación a las autoridades y a la comunidad en general.

Sin embargo, lo que resulta realmente aberrante de toda esta situación es que CMN, pese a haber ocultado esta información, ahora aduce esta infracción gravísima en su defensa, señalando con toda desfachatez, que no existiría

⁴³ Considerando Centésimo Quinto de la sentencia dictada en causa Rol R-06-2013.

evidencia de causalidad en su contra. Nadie puede aprovecharse de su propio dolo, ni beneficiarse de una conducta reñida al derecho en su favor, ni menos de la ocultación de prueba.

- c) Igualmente, y de especial relevancia al momento de evaluar las circunstancias calificantes del artículo 40 Lo-SMA, existe evidencia de que CMN sigue incumpliendo y pasando por alto las órdenes dadas por la autoridad y el Segundo Tribunal del Medio Ambiente, pues como constan en los expedientes de fiscalización agregados tanto a este proceso como al procedimiento sancionatorio Rol D-011-2015, se siguen superando los niveles máximos de calidad de las aguas y ocultando información:

“Del análisis de la calidad de aguas, se desprende que la calidad de los recursos hídricos superficiales y subterráneos, evaluada en los puntos de control establecidos en el plan de seguimiento del proyecto no ha evolucionado de conformidad a los datos levantados y proyectados durante la evaluación del mismo, **ya que se han evidenciado incrementos significativos en las concentraciones de los parámetros definidos como críticos para determinar niveles de alerta o emergencia del proyecto, además de superaciones de los niveles de calidad mínimos proyectados en los puntos de control NE-4 (NCh 1333) y NE-8 (NCh 409)**”⁴⁴.

“De acuerdo a los antecedentes presentados por el Titular en el anexo A Carta PL-0113-2013 se constata que el punto de captación de agua fresca del Proyecto está ubicado en el río El Estrecho, aguas arriba de la confluencia con la Quebrada Barriales, en vez de estar aguas abajo como fue descrito en el proyecto presentado evaluado.

Respecto de las vegas: “No se ha presentado durante el 2013 el monitoreo del nivel freático de las vegas”⁴⁵.

Lo mismo ocurre con el monitoreo y cumplimiento de sus obligaciones respecto de los glaciares, según consta del Informe de Fiscalización DFZ-2014-2325-III-RCA-EI, que señala entre otros muchos incumplimientos y no conformidades, los siguientes:

“El Titular no entrega los resultados de temperatura del hielo de todos los glaciares comprometidos, faltando los cuerpos de hielo denominados Toro 1, Toro 2, Esperanza y Ortigas 1, los cuales presentan una condición de fragilidad

⁴⁴ Informe de Fiscalización DFZ-2013-6945-III-RCA-IA.

⁴⁵ Informe de Fiscalización DFZ-2013-6912-III-RCA-IA.

aún más crítica que los glaciares de mayor tamaño (Guanaco, Estrecho y Ortigas 1)";

"El Titular no realiza con los datos obtenidos, estudios que permitan evaluar en forma más adecuada el área de permafrost, la presencia de hielo y la importancia como recurso hídrico de la capa activa y el permafrost, así como los posibles efectos adversos desde la mina en los caudales producto de la alteración del permafrost y la capa activa";

"Del ejercicio realizado por la DGA para calcular los límites de superación de balance de masa superficial para el glaciar Estrecho, en base a los datos históricos incluidos en la Tabla 6-1 del informe denominado "Balance de Masa Año Hidrológico 2013-2014" y considerando que el balance de masa en el periodo 2013-2014 fue del orden de -1,02 (m eq. a.), **se tiene que para el período 2006-2014, el Límite 1 es del orden de -0,9325 (m eq. a.) y el Límite 2 del orden de -1,02 (m eq. a.), siendo el primer umbral de activación ampliamente superado y el segundo alcanzado en dicho cuerpo de hielo**".

- d) CMN y sus autoridades decidieron no ejecutar en su momento las inversiones requeridas para poder implementar un sistema de manejo de aguas que podría haber impedido la grave situación ambiental que se está sufriendo debido a la conducta de CMN, y que se estimaron en varios cientos de millones de dólares.
- e) Hasta la fecha, no se ha presentado por CMN solución alguna a las distintas infracciones constatadas, más bien se vislumbra una desinversión acelerada en el país sin que se hayan adoptado las medidas necesarias para revertir las consecuencias perniciosas de su desidia en materia de cumplimiento ambiental. De esta forma, y a más de 3 años de la dictación de la Resolución N°477, la empresa infractora persiste en una actitud contumaz en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones ambientales, en virtud de las cuales –y sólo bajo ellas- se autorizó el Proyecto Pascua Lama.

En síntesis, las infracciones que han motivado la formulación de cargos en este procedimiento sancionatorio se encuentran abundantemente acreditadas, tanto por los antecedentes acompañados a él como por el expreso y pleno reconocimiento de los cargos por parte de la infractora, con excepción de aquel contenido en el considerando 23.14 del oficio ordinario señalado.

Por consiguiente, toda discusión sobre la efectividad o no de la ocurrencia de tales hechos carece de objeto y procedencia, pues se encuentra completamente

superada –irrefutablemente- por la (i) la autodenuncia presentada por CMN; (ii) la contestación a la formulación de cargos efectuada por la misma empresa; y (iii) por los antecedentes que obran en este procedimiento.

B. En cuanto a la contaminación de las aguas

Dentro de los puntos acreditados en este procedimiento –y cuya omisión en la Resolución N°477 fue debidamente reprochada por el STA⁴⁶-, se encuentra la contaminación de las aguas del Río Estrecho y de la cuenca del Río Huasco, episodio que configura un claro caso de daño ambiental. Ello, además de encontrarse debidamente acreditado en el Informe de Fiscalización de la SMA y estar respaldado por abundante prueba en el proceso, fue expresamente reconocido por CMN en su escrito de contestación o allanamiento parcial a los cargos formulados por la SMA.

Al respecto, es necesario recordar que el área de influencia del Proyecto comprende directamente la Cuenca Río del Estrecho / Chollay conformadas por la Quebrada Agua de la Falda, el Río del Toro, el Río Blanco, el Río Pachuy y el Río Conay, por una parte, y por la otra, la Cuenca del Río Toro / Tres Quebradas / Potrerillos conformada por la Quebrada Ortigas, el Río El Toro, el Río Tres Quebradas, el Río Potrerillos, y el Río del Carmen. Por tanto, la influencia de las actividades de Pascua Lama comprende toda la cuenca del Río Huasco y el valle del mismo nombre, incluidas las aguas tanto superficiales como subterráneas de dicho río y sus afluentes.

Dado el carácter fundamental que reviste la mantención de las aguas descontaminadas, CMN se obligó en la RCA a no afectar la calidad de las aguas y sus actuales usos en la cuenca del Río Huasco. Entre algunas de las obligaciones impuestas a CMN en la RCA, se encuentran:

- Mantener los niveles de línea de base de la calidad de las aguas en la cuenca, aguas abajo del punto NE-5, incluyendo este compromiso el tramo del río El Estrecho entre los puntos NE-2 y NE-4, de modo que no se afectará la calidad de las aguas y sus actuales usos⁴⁷;

⁴⁶ Especial relevancia para tales efectos tienen los considerandos septuagésimo, centésimo quinto, centésimo sexagésimo tercero, centésimo sexagésimo quinto, y centésimo sexagésimo sexto de la sentencia dictada por dicho tribunal en la causa Rol-R-06-2013.

⁴⁷ Considerando 3.21 de la RCA.

- Cumplir con los parámetros contenidos en las normas de Riego NCh 1.333, de Agua Potable NCh 409 y el DS N° 90/2000 Norma de Descarga a Cuerpos de Aguas Superficiales de acuerdo a lo señalado en el numeral 4 de la RCA;
- La obligación de implementar un Sistema de Monitoreo del Caudal y de la Calidad de las Aguas en forma permanente de los parámetros de pH, acidificación y los demás que permitan determinar la adecuación de ésta al consumo humano y al agua de riego, en más de 48 puntos de medición y control en las cuenca de los ríos El Estrecho/ Chollay y en la cuenca del río Toro / Tres Quebradas /Potrerillos.
- De igual forma, la RCA impuso a CMN la obligación de implementar Planes de Emergencia denominados Sistema de Alerta Temprana y Plan de Respuesta con el objeto de “identificar cambios en la calidad natural de las aguas causada por la actividad minera y establecer una secuencia de acciones con el objeto de contener y corregir cualquier desviación en la oportunidad más temprana posible y lo más cerca al pie del botadero que sea factible”⁴⁸.
- La implementación de un Sistema de Manejo de Aguas Ácidas del Río El Estrecho, incluyendo el manejo de Aguas de Contacto superficiales para lo cual debía implementar pozos de bombeos y canales perimetrales, que interceptaran el agua proveniente de los deshielos para impedir que tomara contacto con el área del proyecto; piscinas de acumulación de drenaje, plantas de tratamiento de drenaje ácido, piscinas de regulación de efluentes, etc.⁴⁹. De igual modo, se vio forzada a establecer un sistema para el manejo de Aguas de No Contacto, integrado por un sistema de canales perimetrales los cuales descargarán finalmente al Río El Estrecho.

⁴⁸ Considerando 3.127 de la RCA. Así se establecieron dos niveles de respuesta para el caso que los parámetros de las aguas de los ríos afectados por su actividad excedieran los rangos establecidos en la RCA: (i) el nivel de Pre-Emergencia; y (ii) el nivel de Emergencia. El Nivel de Pre-Emergencia: ocurre cuando 3 o más de los 9 parámetros claves o la CE y/o el pH, han excedido el nivel de alerta en una de las estaciones de monitoreo de control aguas debajo del punto NE-5. El Nivel de Emergencia: ocurre cuando los mismos 3 o más de los 9 parámetros claves o la CE y/o el pH, han excedido el nivel de alerta en más de una de las estaciones de monitoreo de control aguas abajo del punto NE-5.

En ambos casos alcanzados los niveles de pre-emergencia y emergencia, debían iniciarse una serie de acciones destinadas a informar a las autoridades y a la adopción de las medidas pertinentes para evitar posibles daños a las aguas. Por otra parte si se superaban los parámetros de emergencia de la calidad de las aguas, CMN se obligó a **suspender totalmente las faenas hasta que dicha situación fuere corregida.**

⁴⁹ Detallados en las páginas 109 y siguientes de la RCA.

En definitiva, todas estas medidas tenían por objeto evitar la contaminación del agua de los afluentes del Río Huasco, que se encuentran en la zona de influencia del proyecto.

Sin embargo, como ha quedado acreditado, CMN no dio cumplimiento a las obligaciones impuestas por la RCA y que tenían por objeto velar por la preservación de las aguas del Valle del río Huasco, pues no sólo no construyó una gran cantidad de obras civiles destinadas a evitar la contaminación de las aguas –las que continúan sin realizarse-, sino que además, quedó demostrado que a consecuencia de esta conducta infraccional del titular se produjo la contaminación de las aguas del Río Estrecho, al verter aguas a éste que excedían con creces las cantidades máximas de minerales establecidas en el DS 90/2000⁵⁰.

Pero no solo eso. Además, CMN decidió unilateralmente no informar a las autoridades acerca de la calidad de las aguas, y cuando se dignó a hacerlo, lo hizo bajo una metodología propia, la que en ningún momento fue comunicada a la autoridad respectiva, y que por lo demás no puede alterar o pasar sobre las obligaciones impuestas por medio de la RCA. Esta actuación fue a su vez condenada por la autoridad⁵¹, y en este procedimiento la empresa se ha allanado (como en los demás cargos) a su respecto.

No obstante, y como se señaló al comienzo de este apartado, la SMA guardó completo silencio al momento de determinar la existencia de daño ambiental por contaminación de las aguas del Río Estrecho y de los cursos de agua de la zona de influencia de Pascua Lama, pese a haber contundente evidencia en tal sentido, y a existir una confesión expresa del titular al respecto.

⁵⁰ Decreto Supremo N°90/2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales ("DS 90").

⁵¹ Al dictarse la anterior resolución de término del procedimiento, la SMA se explayó suficientemente al momento de evaluar el daño producido a las vegas andinas señalando en el Considerando 93° que "se constató que las infracciones causaron daño ambiental no susceptible de reparación, en virtud de lo establecido en el artículo 36 numeral 1. Letra a) de la Ley Orgánica de la Superintendencia, corresponde clasificar esta infracción como gravísima. Lo anterior, toda vez que: i) El propio infractor identificó en su autodenuncia como un efecto negativo de sus infracciones a la RCA, el haber afectado una zona de vegas alcanzadas por el movimiento de tierra ocasionado por las aguas que cayeron desde la Obra Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, toda vez que construyó dicha obra en un lugar que no era adecuado, y ii) Durante las inspecciones ambientales realizadas con fechas 24, 25, 29 y 30 de enero de 2013, se pudo comprobar que efectivamente se habían afectado dos vegas andinas ubicadas debajo de la descarga del canal perimetral norte inferior".

En efecto, los Considerandos 23.13⁵²⁻⁵³, 23.7⁵⁴, 23.11⁵⁵ y 23.14⁵⁶, todos del Ordinario N°58, así lo acreditan. En estos casos, el detrimento se produjo a las aguas del valle del Río Huasco y concretamente al Río Estrecho, en donde se vierten las aguas del Proyecto, y a las aguas subterráneas de dicho sistema hídrico.

El detrimento de las aguas es y ha sido significativo, pues se han vulnerado sistemáticamente las líneas de base de la RCA⁵⁷ y las normas que establecen límites máximos a la polución de las aguas; cuestión, que incluso ha sido detectada por los propios informes acompañados por CMN, según da cuenta el Informe de Fiscalización Ambiental de la SMA en los distintos puntos de medición de la calidad de aguas, contemplados en la RCA, y que se pueden identificar en el siguiente mapa.

⁵² Nos referimos a los **hechos, actos y omisiones** tal como lo dispone el Considerando 59.1 de la Resolución N°477 para los incumplimientos a la RCA; el Considerando 59.2 para los incumplimientos a la Resolución N°107; el Considerando 59.3 para los incumplimientos a los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N°574; el Considerando 59.4 para los incumplimientos a la Resolución Exenta N°37; y el Considerando 59.5 para los incumplimientos al Punto 9 del Acta de Inspección de SMA de fecha 29 de enero de 2013.

⁵³ Establece que CMN no realizó la captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del depósito de estériles nevada norte durante el mes de enero de 2013.

⁵⁴ Estableció que CMN realizó "una 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 las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales ("DS 90")".

⁵⁵ **"La descarga de aguas de contacto al río Estrecho no cumplen con los objetivos de calidad de aguas. Además, cabe agregar que en la Cámara de Captación y Restitución ("CCR") 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"**. Es decir, en este caso hubo una descarga de aguas de contacto por sobre los límites establecidos en el DS 90, y que ocasionó un daño ambiental en los términos del artículo 2° de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Esta norma define el daño ambiental como "(...) toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes".

⁵⁶ En este cargo se imputó responsabilidad a CMN por: "No haber profundizado la zanja cortafuga habiéndose verificado la superación de los valores de calidad de aguas subterráneas en 5 pozos monitoreados aguas debajo de dicha zanja" (en lo que creemos un error de la SMA, por este hecho no fue sancionada la empresa).

⁵⁷ En cuanto a la situación actual de la discusión sobre la línea de base, véase el informe en derecho acompañado en el otrosí de esta presentación.

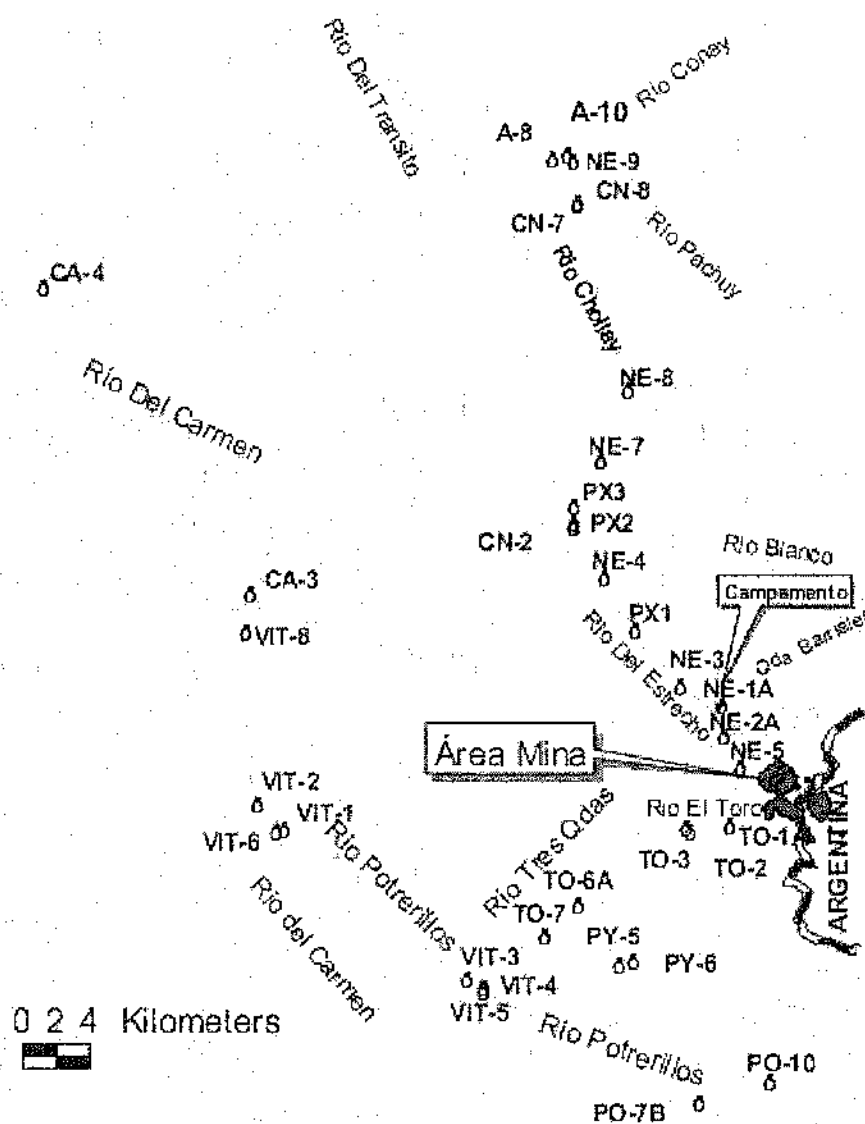


Figura 1: Ubicación de puntos de monitoreo de aguas superficiales

En efecto, en el Informe de Fiscalización Ambiental Pascua Lama DFZ-2013-63-III-RCA-IA consta que, respecto del monitoreo de calidad de aguas del sistema del Río Estrecho y de acuerdo a los antecedentes proporcionados en la pertinencia ingresada por el titular del proyecto que da cuenta del considerando 9.8 de la RCA, para todo el año 2012 y enero del 2013 se obtienen como resultados las siguientes excedencias en los distintos puntos de medición de calidad de las aguas contemplados en la RCA⁵⁸:

(i). Para el punto de control NE-5

Diciembre 2012: Se detectan numerosas excedencias para los niveles de alerta de cada parámetro en los últimos 12 meses (enero a diciembre 2012); en pH (9 meses), conductividad eléctrica (9 meses), aluminio (9 meses), arsénico (10 meses), cobre (8 meses), hierro disuelto (9 meses), hierro total (10 meses), manganeso (9 meses), sulfato

⁵⁸ Este informe fue corregido mediante el Memorandum N°107/2016, de acuerdo a lo ordenado por la Fiscal Instructora del Procedimiento en la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N°1191.

(11 meses) y zinc (9 meses). Todos estos parámetros se encuentran en situación de "Emergencia" (figura 11.1).

Enero 2013: Se detectan numerosas excedencias para los niveles de alerta de cada parámetro en los últimos 12 meses (febrero 2012 a enero 2013): pH (9 meses), conductividad eléctrica (9 meses), aluminio (9 meses), arsénico (9 meses), cobre (8 meses), hierro disuelto (8 meses), hierro total (9 meses), manganeso (8 meses), sulfato (11 meses) y zinc (9 meses). Por lo tanto, todos los parámetros se encuentran nuevamente en situación de emergencia (figura 11.1b).

Punto muestreo NE-5	Unidad	Invierno	Primavera	Verano	Otoño	ene-12	feb-12	mar-12	abr-12	may-12	jun-12	jul-12	ago-12	sep-12	oct-12	nov-12	dic-12	ene-13	dic-12	ene-13
pH	sin unidades	8.8	8.6	8.8	8.8	8.45	8.12	8.37	8.22	8.29	8.14	8.25	8.07	8.5	8.59	8.46	8.22	8.79		
Conductividad	µmhos/cm	3818	1885	1210	1161	1541	1167	1251	1210	2355	1884	2520	2566	1962	1664	1745	1819	1617		
Aluminio	mg/l	0.07	0.12	0.14	0.16	0.5	0.4	0.2	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1		
Arsénico	mg/l	0.0001	0.0001	0.0001	0.0001	0.0005	0.0004	0.0004	0.0004	0.0007	0.0004	0.0004	0.0004	0.0004	0.0004	0.0004	0.0004	0.0004		
Cobre	mg/l	7	2.1	1.1	4.2	7.5	1.1	3.4	2.3	3	1.3	3.6	6.3	3.2	0.511	1.9	3	1.762		
Hierro Disuelto	mg/l	2.4	0.9	7	3.7	15	0.08	0.52	22	20	9.0	18	47	4.8	0.45	1.43	3.3	1.72		
Hierro Total	mg/l	4.6	4.7	3.6	3.3	17	0.9	2.9	29	21	23	28	34	6.3	0.62	2.3	3.9	5.3		
Manganeso	mg/l	35	11	19.3	14	28	21	23	31	29	19	36	65	55	15	37	24	14		
Sulfato	mg/l	1083	1243	756	712	1137	645	878	1210	1899	1587	2031	2135	1634	1476	1152	1361	1364		
Zinc	mg/l	13.7	15.1	6.4	6.5	15	6.7	11	15	18	7.3	20	34	22	7.3	12	21	17		

Figura N° 11.1, Detalle de Resultados Niveles de Alerta NE-5. En el cuadro de la derecha se indica el número de excedencias en los últimos 12 meses, evaluado en los meses de diciembre 2012 y enero 2013 (Fuente: elaboración propia en base a información de seguimiento ambiental reportada por el Titular)

(ii). Para el punto de control NE-2A

Diciembre 2012: Se detectan numerosas excedencias para cada parámetro en los últimos 12 meses (enero a diciembre 2012): en pH (9 meses), conductividad eléctrica (11 meses), aluminio (11 meses), arsénico (11 meses), cobre (10 meses), hierro total (8 meses), manganeso (11 meses), sulfato (11 meses) y zinc (10 meses). Los parámetros, por lo tanto, se encuentran en situación de "Emergencia".

Enero 2013: Se detectan numerosas excedencias para cada parámetro en los últimos 12 meses (febrero 2012 a enero 2013): en pH (8 meses), conductividad eléctrica (11 meses), aluminio (10 meses), arsénico (11 meses), cobre (10 meses), hierro total (7 meses), manganeso (10 meses), sulfato (11 meses) y zinc (10 meses). Por lo tanto, todos los parámetros se encuentran en situación de "Emergencia".

Punto muestreo NE-2A	Unidad	Invierno	Primavera	Verano	Otoño	ene-12	feb-12	mar-12	abr-12	may-12	jun-12	jul-12	ago-12	sep-12	oct-12	nov-12	dic-12	ene-13	dic-12	ene-13
pH	sin unidades	8.5	8.2	8.7	8.2	8.27	8.67	8.16	8.66	8.68	8.44	8.46	8.55	8.12	8.2	8.3	8.87	7.68		
Conductividad	µmhos/cm	1079	1021	803	849	1509	1142	1212	1368	1437	1312	1807	1515	1316	1151	1164	1184	945		
Aluminio	mg/l	33	18.1	71.3	26	38	36	32	32	84	12	45	69	55	30	31	54	21		
Arsénico	mg/l	0.0001	0.0001	0.0001	0.0002	0.0005	0.15	0.109	0.001	0.0022	0.0005	0.0016	0.0010	0.0023	0.0002	0.0005	0.0001	0.0007		
Cobre	mg/l	0.67	0.64	0.67	0.71	7	0.95	1.5	1.8	3.8	0.357	1.7	7.3	1.9	0.515	0.901	1.5	0.686		
Hierro Total	mg/l	27	7.3	1.9	2.5	15	24	30	7	6.5	6.84	8.5	8.7	2.2	0.33	3.8	1.5	1.6		
Manganeso	mg/l	12.5	11.5	10.5	11.2	26	16	26	20	37	7.5	20	27	34	15	15	25	4.5		
Sulfato	mg/l	578	535	474	528	1020	620	807	937	1023	493	1248	844	1004	804	892	890	187		
Zinc	mg/l	6	5.4	4.6	5.3	14	7.5	9.4	10	15	7.4	18	34	13	4.7	5.9	10	7.1		

Figura N° 11.2, Detalle de Resultados Niveles de Alerta NE-2A. En el cuadro de la derecha se indica el número de excedencias en los últimos 12 meses, evaluado en los meses de diciembre 2012 y enero 2013 (Fuente: elaboración propia en base a información de seguimiento ambiental reportada por el Titular)

(iii). Para el punto de control NE-3

Diciembre 2012: Se detectan numerosas excedencias para cada parámetro en los últimos 12 meses (enero a diciembre 2012): en pH (6 meses), conductividad eléctrica (12 meses), aluminio (7 meses), arsénico (3 meses), cobre (8 meses), hierro total (9 meses), manganeso (9 meses), sulfato (9 meses) y zinc (8 meses). Los parámetros, por lo tanto, se encuentran en situación de "Emergencia", salvo el arsénico que no está en ninguna categoría de emergencia.

Enero 2013: Se detectan numerosas excedencias para los niveles de alerta de cada parámetro en los últimos 12 meses (febrero 2012 a enero 2013): pH (5 meses), conductividad eléctrica (11 meses), aluminio (6 meses), arsénico (2 meses), cobre (7 meses), hierro total (8 meses), manganeso (8 meses), sulfato (8 meses) y zinc (7 meses). Por lo tanto, todos los parámetros se encuentran nuevamente en situación de emergencia, salvo el pH que se encuentra en "pre-emergencia" y el arsénico que no está en ninguna categoría de emergencia.

Punto muestreo NE 3	Unidad	Estación	Primavera	Verano	Alerta	ene 12	feb 12	mar 12	abr 12	may 12	jun 12	jul 12	ago 12	sep 12	oct 12	nov 12	dic 12	ene 13	Jul 13	ago 13
pH	sin unidades	4.6	4.6	4.7	4.5	3.72	4.2	4.51	4.29	4.73	4.76	4.36	3.6	4.81	6.24	5.79	4.4	5.2		
Conductividad eléctrica	µS/cm	400	400	400	400	578	527	612	601	616	540	759	630	513	620	497	522	497		
Aluminio	mg/l	0.015	0.013	0.013	0.016	0.0183	0.015	0.013	0.013	0.013	0.0173	0.011	0.0107	0.0125	0.0100	0.0101	0.0107	0.0107		
Arsénico	mg/l	0.03	0.03	0.04	0.06	0.061	0.05	0.058	0.063	0.066	0.116	0.14	0.107	0.117	0.092	0.11	0.116	0.114		
Cobre	mg/l	0.9	1	1	0.8	20	16	12	11.8	11.8	11	14	16.7	15.2	10.07	14	12	10.54		
Hierro total	mg/l	3.0	3.7	3.7	3.0	14	2.6	11	9.5	12	2.1	5.1	8.4	4.3	1.7	4.5	2.7	2.7		
Manganeso	mg/l	244	221	252	267	411	397	473	454	506	197	453	311	241	222	219	220	206		
Sulfato	mg/l	1.8	1.7	1.5	1.6	6.1	4.2	5	4.3	5.1	0.756	2.9	4.8	1.7	0.666	1.1	1.8	1.1		
Zinc	mg/l	1.5	1.7	1.5	1.6	6.1	4.2	5	4.3	5.1	0.756	2.9	4.8	1.7	0.666	1.1	1.8	1.1		

Figura N° 11.3. Detalle de Resultados Niveles de Alerta NE-3. En el cuadro de la derecha se indica el número de excedencias en los últimos 12 meses, evaluado en los meses de diciembre 2012 y enero 2013 (Fuente: elaboración propia en base a información de seguimiento ambiental reportada por el Titular)

(iv). Para el punto de control NE-4

Diciembre 2012: Se detectan numerosas excedencias para cada parámetro en los últimos 12 meses (enero a diciembre 2012): en pH (12 meses), conductividad eléctrica (12 meses), aluminio (8 meses), arsénico (7 meses), cobre (10 meses), hierro total (5 meses), manganeso (9 meses), sulfato (12 meses) y zinc (10 meses). Por lo tanto, todos los parámetros se encuentran en situación de "Emergencia", salvo el hierro total que se encuentra en "pre-emergencia".

Enero 2013: Se detectan numerosas excedencias para los niveles de alerta de cada parámetro en los últimos 12 meses (febrero 2012 a enero 2013): pH (11 meses), conductividad eléctrica (12 meses), aluminio (7 meses), arsénico (6 meses), cobre (9 meses), hierro total (4 meses), manganeso (8 meses), sulfato (12 meses) y zinc (10 meses). Por lo tanto, todos los parámetros se encuentran nuevamente en situación de emergencia, salvo el hierro total que no está en ninguna categoría de emergencia.

Punto muestreo NE-4	Unidad	Inverno	Primavera	Verano	otoño	ene 12	feb 12	mar 12	abr 12	may 12	jun 12	jul 12	ago 12	sep 12	oct 12	nov 12	dic 12	ene 13
pH	sin unidades	6.6	6.7	6.1	6.1	4.28	5.59	4.59	4.43	4.48	6.28	4.24	4.21	5.19	6.43	6.43	5.03	5.27
Conductividad	µmhos/cm	331	314	302	343	306	239	203	853	630	425	318	317	418	387	399	399	364
Aluminio	mg/l	3.5	3.4	1.4	4.3	4.1	2.2	2.8	1.5	1.1	1.6	2.4	2.9	1.2	1.7	5.5	5.3	3.1
Arsénico	mg/l	0.0001	0.0001	0.0006	0.002	0.1197	0.137	0.111	0.107	0.104	0.0037	0.001	0.0017	0.0032	0.001	0.0026	0.0026	0.0018
Cobre	mg/l	0.14	0.1	0.15	0.16	0.341	0.459	0.616	0.516	0.349	0.16	0.153	0.167	0.172	0.154	0.162	0.162	0.191
Hierro total	mg/l	0.49	0.54	0.41	0.66	3.1	19	28	3.7	3.1	0.38	0.41	0.38	0.32	0.2	0.22	0.43	0.47
Manganeso	mg/l	1.8	1.6	1.8	2.1	1.1	0.4	0.9	2.4	1.2	1.2	2.3	5.2	3	1.1	2.1	1.6	1.6
Sulfato	mg/l	130	132	117	160	140	318	331	346	371	131	296	251	229	350	156	176	167
Zinc	mg/l	0.9	0.7	0.9	1.2	6.4	3.5	3.9	3.1	3.6	0.485	0.202	2.9	1.3	0.501	0.381	1	0.218

Figura N° 11.4, Detalle de Resultados Niveles de Alerta NE-4. En el cuadro de la derecha se indica el número de excedencias en los últimos 12 meses, evaluado en los meses de diciembre 2012 y enero 2013 (Fuente: elaboración propia en base a información de seguimiento ambiental reportada por el Titular)

(v). Para el punto de control NE-8

Diciembre 2012: Se detectan numerosas excedencias para cada parámetro en los últimos 12 meses (enero a diciembre 2012): en pH (7 meses), conductividad eléctrica (12 meses), aluminio (6 meses), arsénico (10 meses), cobre (9 meses), hierro total (7 meses), manganeso (8 meses), sulfato (10 meses) y zinc (11 meses). Por lo tanto, todos los parámetros se encuentran en situación de "Emergencia".

Enero 2013: Se detectan numerosas excedencias para los niveles de alerta de cada parámetro en los últimos 12 meses (febrero 2012 a enero 2013): pH (7 meses), conductividad eléctrica (12 meses), aluminio (5 meses), arsénico (10 meses), cobre (8 meses), hierro total (6 meses), manganeso (7 meses), sulfato (9 meses) y zinc (11 meses). Por lo tanto, todos los parámetros se encuentran en situación de "Emergencia", salvo el aluminio que se encuentra en "pre-emergencia".

Punto muestreo NE-8	Unidad	Inverno	Primavera	Verano	otoño	ene 12	feb 12	mar 12	abr 12	may 12	jun 12	jul 12	ago 12	sep 12	oct 12	nov 12	dic 12	ene 13
pH	sin unidades	7.4	7.1	6.4	7	7.54	6.87	6.72	6.21	6.41	7.09	7.58	7.74	7.12	6.79	6.44	5.76	7.58
Conductividad	µmhos/cm	357	374	432	420	519	596	542	493	518	411	438	411	467	487	453	528	498
Aluminio	mg/l	4.3	3.1	5	5	11	26	29	7.2	9.3	1.2	0.147	1.417	2.2	1.9	3.641	4.7	3.5
Arsénico	mg/l	0.0003	0.0001	0.0001	0.001	0.2083	0.1963	0.168	0.064	0.0026	0.0039	0.0011	0.0007	0.001	0.0003	0.0017	0.0029	0.0012
Cobre	mg/l	0.18	0.02	0.06	0.05	0.172	0.283	0.292	0.2	0.175	0.11	0.102	0.12	0.065	0.026	0.071	0.105	0.141
Hierro total	mg/l	0.2	0.3	0.5	0.7	25	24	32	1.5	1.53	0.49	0.28	0.28	0.24	1.13	0.57	1.5	1.4
Manganeso	mg/l	0.7	0.7	0.9	0.8	4.4	6.1	4.5	3.7	4.4	0.372	0.42	0.605	1.2	0.99	1.5	1.2	0.953
Sulfato	mg/l	131	144	164	180	227	262	262	230	260	117	159	141	204	236	184	166	179
Zinc	mg/l	0.3	0.2	0.1	0.4	1.6	1.8	1.7	1.2	1.3	0.108	0.211	0.211	0.457	0.27	0.39	0.526	0.393

Figura N° 11.5, Detalle de Resultados Niveles de Alerta NE-8. En el cuadro de la derecha se indica el número de excedencias en los últimos 12 meses, evaluado en los meses de diciembre 2012 y enero 2013 (Fuente: elaboración propia en base a información de seguimiento ambiental reportada por el Titular)

De esta forma, y de conformidad a los considerandos 9.8 y 9.9 de la RCA, esta SMA constató la existencia de una situación de emergencia generalizada en los puntos de control analizados durante los meses de diciembre de 2012 y enero de 2013, pues 44 de los 46 parámetros evaluados en diciembre de 2012 y 42 de los 46 parámetros evaluados en enero de 2013, se encuentran en estado de "emergencia".

Pese a ello, CMN en ningún momento informó las acciones seguidas respecto a la activación de los Planes de Acción de Alerta, tales como los niveles de pre-emergencia o emergencia, sin que conste el cumplimiento de tales disposiciones de la RCA.

Lo mismo ocurre con la batería de pozos localizada aguas abajo de cada zanja colectora, para efectos de recolectar flujos de escorrentías e infiltraciones desde el depósito de estériles Nevada Norte y los drenajes desde el área de la mina. Este sistema fue contemplado en el Considerando 4.3.2. de la RCA relativa a la Fase de Operación. Letra i.1) Sistema de Manejo de Aguas de Contacto⁵⁹.

Pues bien, en el Informe de Fiscalización de la SMA, cuestión que fue recogida por la SMA en el Ordinario N°58, quedó en evidencia que existió contaminación de las aguas del Río Estrecho y como consecuencia de ello de las aguas abajo del sistema hídrico que conforma el valle del Río Huasco, demostrándose la existencia de una serie de excedencias de los parámetros máximos de la calidad de las aguas.

En efecto, realizado un examen de la información del documento “Respuesta Monitoreo de Líneas de Pozos en Zanjas de Control”, entregados según solicitud en Acta de Inspección de la SMA del día 29 de enero de 2013 (Anexo 8) para monitoreos de nivel y calidad de pozos de los últimos 6 meses, el cual se reproduce en el Informe de Fiscalización, se logra determinar la existencia de una serie de parámetros de aguas con excedencia:

- Para el punto de control L1-CW1, se detectan excedencias en arsénico (4), pH (3) y turbidez (2) de acuerdo al detalle en Figura 13.1 del Informe de Fiscalización de la SMA.
- Para el punto de control L1-CW2, se detectan excedencias en arsénico (8) y pH (4) de acuerdo al detalle en Figura 13.2 del Informe de Fiscalización de la SMA.
- Para el punto de control L1-CW3, se detectan excedencias en arsénico (4) y pH (8), de acuerdo al detalle en Figura 13.3. del Informe de Fiscalización de la SMA.
- Para el punto de control L1-CW4, se detectan excedencias en arsénico (6), hierro total (1) y turbidez (6) de acuerdo al detalle en Figura 13.4. del Informe de Fiscalización de la SMA.

⁵⁹ Esta batería de pozos opera de la siguiente forma:

“En el depósito de estériles los sistemas de recolección de aguas de contacto superficiales están diseñados para recolectar flujos de escorrentías e infiltraciones desde el depósito de estériles Nevada Norte y los drenajes desde el área de la mina que incluye el rajo y acopio de minerales de baja ley (...) El agua de contacto que escurran superficialmente serán recolectadas por las zanjas colectoras y posteriormente conducidas hacia las piscinas de almacenamiento de aguas ácidas. Las aguas ácidas que hayan infiltrado serán captadas por las baterías de pozos, localizada justo aguas abajo de cada zanja colectora, será provista para el control y la intercepción de las aguas ácidas subterráneas. Este sistema de pozos de agua subterránea (pozos pasivos y pasivos) ha sido diseñado de manera de siempre contar con uno de estos sistemas en operación y otro en stand-by. El sistema de captura se refuerza con la instalación de una pantalla cortafuga y un sistema de bombeo de contingencia aguas debajo de ésta, para monitorear y contener eventuales aguas ácidas. Adicionalmente operarán los pozos de contingencia. Toda el agua recolectada por estas obras será derivada a las piscinas de acumulación (400.000 m3)”.
“Adicionalmente, se incorporará el seguimiento del comportamiento de la napa subterránea de la caja del Río en términos de profundidad a la superficie del suelo en todos los pozos de control”.

- Para el punto de control L1-CW5, se detectan excedencias en arsénico (1), de acuerdo al detalle en Figura 13.5. del Informe de Fiscalización de la SMA.
- Para el punto de control L1-CW6, se detectan excedencias en turbidez (1), de acuerdo al detalle en Figura 13.6. del Informe de Fiscalización de la SMA.
- Para el punto de control L2-CW7, se detectan excedencias en aluminio (2), cobre (2), manganeso (2), pH (2), sulfato (1) y zinc (2), de acuerdo al detalle en Figura 14.1. del Informe de Fiscalización de la SMA.

A lo anterior hay que sumar el hecho que CMN no remitió oportunamente los certificados originales de los resultados de monitoreo presentados a la SMA, por lo cual no fue posible determinar la trazabilidad y control de calidad de las mediciones y análisis de las muestras de aguas reportadas.

Estos hechos constan igualmente de los Flash Reports incorporados al procedimiento por la Resolución N°696, los que contienen información sobre una serie de hechos que jamás fueron informadas por CMN en su autodenuncia, ni en las declaraciones de sus representantes legales ante la SMA, ni tampoco a los fiscalizadores de dicha entidad, tales como⁶⁰:

⁶⁰ En estos documentos se acredita igualmente que entre el 22 de diciembre de 2013 y el 30 de enero de 2014 tuvieron lugar una serie de eventos contaminantes de las aguas del río Estrecho, los cuales fueron tergiversados por CMN. Al respecto se señala:

(i) Flash Reports N° 3159 y 3160, de fechas 9 y 11 de enero de 2013, respectivamente: Los Flash Reports acreditan que en efecto y contra lo declarado por la SMA y CMN, no sólo hubo traspaso de aguas de no contacto al sistema de manejo de aguas de contacto, sino que hubo una evidente mezcla de ambas que fue descargada —sin haberse descartado su polución según ordenaba la RCA— al río Estrecho, provocando su inmediata contaminación. Lo anterior ha sido corroborado por el informe final de fiscalización que la SMA elaboró de las visitas inspectivas a la zona de la faena minera.

(ii) Flash Report N° 3159 del 9 de enero de 2013: Frente a la eventualidad de daño en el Muro de Cortafuga CMN no adoptó las medidas de contingencia necesarias que permitiesen resguardar que las aguas de contacto subterráneas traspasaran dicha barrera y evitaran el escurrimiento río abajo. CMN no ha aportado ninguna prueba en orden a desestimar este hecho, ni existe o se ha acompañado informe o estudio alguno que permita descartar dicho daño, como anuncia en su presentación de fojas 1262 de autos en numerosas oportunidades.

(iii) Flash Report N° 3162 del 16 de enero de 2013: El alud que ocasionó el daño ambiental acreditado por la SMA no sucedió el 10 de enero de 2013, como CMN indicó preliminarmente, sino el 16 de enero de ese año. El documento interno de CMN signado con el número 3162, expresa claramente que "La intención del presente informe es dar una notificación inicial de que incidente o evento ha ocurrido", de manera que mal puede sostenerse por CMN que ello tuvo lugar inicialmente el día 10 de enero presente, cuando el reporte recién se emitió el día 16 de ese mes. Lo anterior da cuenta de otra de las numerosas inexactitudes en que incurre CMN en su autodenuncia, y en general, en sus relaciones con la autoridad ambiental.

(iv) Flash Report del 4 de diciembre de 2012: Que el día 4 de diciembre de 2012 — hecho no informado a pesar de que sí se informó el evento del 22 de diciembre de ese mismo año— producto de una desviación en el cauce de las aguas se impidió realizar mediciones de las variables de calidad y nivel de las aguas en el punto NE-2A, lo cual según la propia CMN reconoce implicó un quebrantamiento de lo "comprometido con las autoridades mediante Resolución de Calificación Ambiental (RCA)".

(v) Flash Reports N° 3159 y 3160, de fechas 9 y 11 de enero de 2013, respectivamente: Que los eventos de descarga de aguas de contacto contaminadas al río Estrecho de los días 9 y 11 de enero de 2013 (Flash Reports números 3159 y 3160) fueron omitidos a la autoridad, sin perjuicio que se haya podido acreditar en las fiscalizaciones respectivas que existieron descargas ilegales —que no fueron meras pruebas operativas autorizadas por la autoridad como sostiene CMN— de material

- (i) Descarga de aguas de contacto, desde la Cámara de Captación y Restitución al río Estrecho los días 9, 10 y 11 de enero de 2013;
- (ii) No avisar el daño en la Carpeta Impermeabilizante del Muro Cortafuga y desestimar la activación del Plan de Emergencia contemplado en la RCA del proyecto; y
- (iii) Omisión de información de eventos de contaminación y daño ambiental.

De esta forma, de los antecedentes expuestos y que constan ante esta Superintendencia, referidos a hechos reconocidos por CMN, y por la que se le condenó anteriormente mediante la Resolución N°477, se desprende que existe una clara afectación a la calidad de las aguas ocasionada por CMN, evidenciado por las numerosas excedencias –durante meses- de las aguas en el Río Estrecho y en la batería de pozos destinados a capturar los escurrimientos subterráneos. En virtud de lo anterior, se le hace plenamente aplicable a la infractora la presunción de responsabilidad por daño ambiental que contempla el artículo 52 de la Ley 19.300, lo que trae aparejado como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, debiendo CMN acreditar la inexistencia de las circunstancias señaladas.

En consecuencia, ha quedado acreditado que la afectación de las aguas del Río Estrecho y sus afluentes es significativa, al igual que el hecho de que CMN no haya adoptado las medidas necesarias para abordar estos hechos, pese a tener conocimiento de que la calidad de las aguas habían excedido los parámetros máximos comprometidos en la RCA y en las normas de calidad aplicables al efecto.

Asimismo, cabe hacer presente que ya el año 2013 la ltma. Corte de Apelaciones de Copiapó había ordenado la construcción del sistema de manejo de aguas, habiendo transcurrido un tiempo más que razonable sin que exista ningún avance al respecto. En estos más de dos años las aguas se siguen contaminando, a lo que se suma la incertidumbre generada en esta materia por la aprobación del plan de cierre temporal presentado por CMN ante el Sernageomin.

Sin embargo, esta situación dañosa es aún peor, pues según consta de los informes de Fiscalización Ambientales realizadas por la SMA y agregados en este proceso, como en el nuevo proceso D-011-2015 que se abrió a consecuencia de otras denuncias y de los hechos recabados por la propia SMA, consta que a la fecha siguen sin cumplir estas exigencias, verificándose que no se han realizado

contaminado y que en ningún momento fueron monitoreadas conforme a los parámetros y compromisos de la RCA respectiva, según consta en la Resolución N°477 de la SMA.

una serie de obras de infraestructura y no se han cumplido las obligaciones de monitoreo e información impuestas a CMN en sede administrativa y judicial.

Este daño, que cumple con todos y cada uno de los requisitos de la letra e) del artículo 2° de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, deberá ser considerado por esta Superintendencia y con el mérito de lo expuesto, deberá aplicarse una sanción acorde con la extensión y posibilidad de reparación del mismo⁶¹.

C. Sobre el cambio de la metodología de medición de la calidad de las aguas⁶²

La infracción referida en el considerando N° 23.8 del Ordinario N°58, consiste en "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".

En este caso, CMN decidió alterar unilateralmente la forma acerca de cómo debían calcularse los parámetros establecidos en la RCA para efectos de medir la calidad de las aguas y que se obligó a respetar. La definición de los parámetros y su metodología resultaba fundamental para poder implementar los planes de alerta en caso de superación de los niveles máximos de toxicidad de las aguas, de acuerdo con los parámetros fijados en la RCA. Ello, sin perjuicio de la independencia entre ambas obligaciones.

En efecto, el Plan de Contingencia-Aguas Acidas de la RCA establece que el Plan de Respuesta de calidad de aguas se active cuando al menos tres parámetros indicadores de drenaje ácido excedan sus respectivos Niveles de Alerta. Estos Niveles de Alerta están desarrollados en el Anexo II-C de la Adenda a la RCA. De acuerdo al número de parámetros y estaciones en los que se observen concentraciones por sobre el nivel de alerta, se definieron 2 niveles de respuesta: (i) el Nivel de Pre-emergencia: cuando 3 o más de los 9 parámetros claves o la CE y/o el pH, han excedido el nivel de alerta en una de las estaciones de monitoreo de

⁶¹ Sobre este punto, y someramente, cabe señalar que el concepto de daño ambiental es sumamente amplio en nuestra legislación. Así, la Ley 19.300 lo define como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes". Igualmente, se ha señalado que "(...) no importa que se trate de la pérdida de una especie o la disminución de un recurso natural o el detrimento de un sitio arqueológico, toda manifestación dañosa para el medio ambiente o para alguno de sus elementos queda comprendida en la definición de daño ambiental" [Bermúdez Soto, Jorge, *Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, 1999].

⁶² También véase el Informe en Derecho acompañado en el otrosí en que se trata este punto.

control aguas debajo de NE-5; y (ii) el Nivel de Emergencia: cuando los mismos 3 o más de los 9 parámetros claves o la CE y/o el pH, han excedido el nivel de alerta en más de una de las estaciones de monitoreo de control aguas abajo de NE-5.

Por su parte, en cuanto a la metodología misma de cálculo de estos parámetros, el Considerando 9.8 de la RCA establece: “El titular deberá calcular los Niveles de Alerta de Calidad de los puntos NE-2A, NE-3, NE-4, NE-5, y NE-8, en base al cálculo del percentil 66% por período estacional (Verano: Diciembre a Febrero, Otoño: Marzo a Mayo, Invierno: Junio a Agosto y Primavera: Septiembre a Noviembre). El cálculo deberá hacerse en consideración a la información de los monitoreos presentados por el Titular en el Anexo II-D-1, Apéndice 1, Adenda 2 y comparaciones con las NCh 1.333 y NCh 409 (...).

Pues bien, toda la información remitida por CMN a la SMA respecto de la calidad de las aguas resultó ser información inexacta y adulterada por la vía de la modificación de la metodología de cálculo de la misma, y con ello de los parámetros mismos de toxicidad. Esto significa que la empresa incurrió en una infracción adicional al no haber cumplido con los requerimientos de información ordenados por la SMA, y esta infracción es distinta al mero incumplimiento de la RCA señalado en la letra a) del artículo 35 de la LSMA.

En relación con este cargo, CMN ha insistido en este procedimiento en afirmar que su error consistió en no haber presentado ante la SMA todos los antecedentes relativos a la autorización por parte de la autoridad competente de esta modificación –unilateral- de la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad de aguas, y que se encontraría en el pronunciamiento N°120941 de fecha 7 de junio del 2012 de la Dirección Ejecutiva del SEA.

Para entender correctamente las afirmaciones vertidas por CMN en relación con el pronunciamiento N°120941, cabe hacer presente ciertos hechos que lo precedieron y que **dan cuenta que CMN nunca ha obtenido autorización alguna tendiente a modificar las condiciones que la RCA le impone.**

El citado documento tiene por objeto complementar la respuesta dada por la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental a través de la carta No. 120941 de fecha 7 de junio del 2012. Ésta última indica lo siguiente:

“a) *En relación a la metodología de cálculo de los Niveles de Alerta, cuyo objetivo es determinar el valor los niveles de alerta NA-0 y NA-1 y establecer un criterio para*

discriminar la calidad del aguas natural de aquella Influenciada por el Proyecto, esta Dirección Ejecutiva estima que de los antecedentes tenidos a la vista se puede concluir que la modificación de dicha metodología no se constituye un cambio de consideración y por ende no se encuentra obligado a ingresar el SEIA, en atención a lo siguiente:

I. Respecto al criterio de si las obras, acciones o medidas que pretenden intervenir o complementar el proyecto o actividad, por sí solas, se encuentran listadas en el artículo 3° del Reglamento SEIA, es posible señalar que el proyecto o actividad en cuestión por sí solo constituye una actividad de aquellas listadas en el artículo 3 del reglamento del SEIA.

II. Respecto del segundo criterio expuesto, correspondiente a si las obras, acciones o medidas que pretenden intervenir o complementar el proyecto o actividad, que no haya sido previamente evaluado (a) en el SEA, conducen a que en conjunto se alcance la magnitud o se reúna los requisitos contenidos en los literales del artículo 3° del Reglamento SEIA, se puede señalar que no aplica la presente consulta, puesto que se trata de un cambio de proyecto que cuenta con Resolución de Calificación Ambiental previa.

III. Esta Dirección Ejecutiva estima que el criterio correspondiente a si las obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad son susceptibles de generar nuevos impactos ambientales adversos, tampoco es aplicable en este caso, ya que la aplicación por sí sola de una nueva metodología de cálculo de los niveles de calidad de agua de la línea de base no es susceptible de generar nuevos impactos ambientales adversos”.

En virtud de la respuesta recién reproducida, CMN ha pretendido alegar que en la actualidad se le ha permitido a ésta proceder a la modificación de las condiciones de alerta que previamente se establecieron en la RCA, lo cual, como se verá, no es verdadero.

En ese sentido, en la presentación hecha el día 29 de abril del 2013 y por la cual se aceptaron los cargos formulados por la SMA en el proceso sancionatorio seguido en su contra, dicha compañía declaró:

"3. A raíz de lo anterior, mi representada, mediante carta PL 0162/2011, fechada el 14 de diciembre de 2011, solicitó al Director Regional del SEA Atacama que se pronunciara acerca de la pertinencia de ingreso al SEIA para la adecuación del método de cálculo de los niveles de alerta establecidos en la RCA 024/2006.

En ella, CMN estimó pertinente y necesario proponer adecuaciones a la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad del agua, de tal forma de obtener valores que efectivamente permitieran distinguir entre las variaciones naturales de la calidad de las aguas del Río del Estrecho y un eventual efecto del Proyecto. Esto, teniendo particularmente presente el comportamiento natural de las aguas y las variaciones interanuales de calidad que va se habían observado a lo largo de los años.

El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) se pronunció con fecha 13 de marzo del año 2012, sobre la pertinencia indicada anteriormente; sin tener a la vista todos los antecedentes necesarios para una adecuada toma de decisión, lo que obligó a presentar la correspondiente Reconsideración por parte de la Compañía, a fin de obtener un resultado acorde con el espíritu de la legislación ambiental vigente.

Así, contando ahora con toda la información necesaria para su acabado conocimiento, la Dirección Ejecutiva del SEA, a través de pronunciamiento N° 120941 de fecha 7 de junio del año 2012, se manifestó favorablemente sobre la propuesta realizada por mi representada.

4. Pues bien, este es el proceder que ha ejecutado mi representada hasta el día de hoy, y que ha permitido distinguir con asertividad, si el origen de las excedencias proviene del Proyecto o si es por causas naturales, entregando un resultado que es claro en indicar que no ha existido, en ningún momento, la necesidad de gatillar algún Plan de Emergencia o Preemergencia.

En definitiva, la autoridad consideró que la modificación de la metodología de cálculo de los niveles de alerta no era un cambio de consideración y por ello no debía ingresar al SEIA. Sin embargo, esta parte procederá a su regularización ante la autoridad ambiental, conforme al procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico”.

De esta forma, la sancionada pretendió explicar ante la SMA que a la fecha de formularse los cargos existía una autorización de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental para proceder a modificar los métodos de evaluación y alerta para el monitoreo de las aguas descargadas al río Estrecho. A pesar de que la Carta N° 120941 nunca permitió este proceder, CMN persistió en su argumento e intentó eludir su responsabilidad amparándose en dicha comunicación.

Efectivamente, si se atiende al contenido expreso de la carta en comento, y de la cual aparentemente ha pretendido valerse CMN para supuestamente acreditar dicha autorización:

“Con todo, cabe señalar que de acuerdo a lo resuelto por la Contraloría General de la República en los dictámenes N° 20.477, de 2003 y 76.260, de 2012, el acto administrativo que se pronuncia respecto de la consulta de pertenencia no es susceptible de modificar, aclarar, restringir o ampliar la respectiva RCA de un proyecto determinado, ni tampoco tiene el mérito de

resolver la evaluación ambiental de una modificación al proyecto original, sino tan sólo en forma previa al inicio de un procedimiento de calificación ambiental, determina que (70 resulta que ciertos cambios a aquél, en razón de que no son de consideración, sean sometidos a tal proceso.

En concordancia con lo anterior, se aclara al titular que lo indicado en el punto 3 anterior, es así como en la respuesta parcial emitida por esta Dirección Ejecutiva con fecha 7 de junio de 2012 carta no implican modificaciones a la RCA, ni lo habilitan para no dar cumplimiento a las exigencias actualmente vigentes en la misma, debiendo ésta modificarse por los medios que la Ley franquea al efecto”.

En consecuencia, resulta manifiesto que a la fecha la RCA que norma el proyecto Pascua Lama en lo relativo a las normas de calidad de las aguas y líneas base tiene plena aplicación y lo constatado *in situ* por los fiscalizadores de la SMA⁶³, es plenamente concordante con la normativa vigente, sin que existiese a la fecha de los hechos autorización sectorial alguna que habilitara o eximiera de responsabilidad a CMN por haber descuidado el monitoreo de las aguas contaminadas que se depositaron en el río Estrecho.

D. Conclusión

Al allanarse a los cargos, CMN reconoció todos los cargos que le fueron imputados, exceptuándose solo aquel contenido en el considerando 23.14 del Ordinario N°58, pero además tales cargos han quedado acreditados mediante la abundante prueba incorporada a este procedimiento. De este modo, se han constatado todos y cada uno de los hechos denunciados y de los cargos formulados, no sólo a través de la confesión de los mismos, sino que a través de distintos medios de prueba a los que se ha hecho mención en el cuerpo de esta presentación. De esta forma, no existe posibilidad de discusión de fondo por parte de CMN respecto de los hechos ni del Derecho con ocasión de este proceso infraccional, por lo que cualquier presentación que vaya en ese sentido deberá rechazarse de plano.

Es por ello, y dado que no hay ni puede haber controversia alguna sobre el punto, que a continuación nos referiremos a dos materias por las que la infractora intenta confundir a esta SMA y que es necesario aclarar para que se dicte una resolución de término conforme a derecho:

⁶³ Véase el expediente de Fiscalización DFZ-2013-63-111-RCA-IA.

- La improcedencia, en la especie, de aplicar un concurso infraccional; y
- Las circunstancias que señala el artículo 40 LO-SMA y que concurren en los hechos materia de este procedimiento, conllevando no sólo una recalificación de las sanciones en términos más graves, sino que incluso ameritan la revocación de la RCA.

V.

Improcedencia del concurso infraccional

Como se indicó anteriormente, uno de los defectos de los que adolecía la Resolución Exenta N°477 y cuya enmienda fue ordenada por el STA, consistía en que no obstante la constatación y reconocimiento por el infractor de múltiples y gravísimas infracciones a la RCA, éstas fueron consolidadas indebidamente como una sola infracción a la letra a) del artículo 35 de la LO-SMA, en circunstancias que se trata de infracciones distintas, conformadas por hechos o actos separados e independientes, que para todos los efectos legales debieron ser considerados en forma separada e individual, y por lo tanto configuraban tantas sanciones como infracciones denunciadas y acreditadas en el proceso.

Al efecto, y recogiendo la alegación efectuada por esta parte en el respectivo procedimiento de reclamación Rol R-06-2013, el STA señaló:

“Cuadragésimo quinto: Que, por tanto, y en virtud del estándar de motivación latamente explicado en las consideraciones vigésimo séptima y siguientes, este Tribunal concluye que la resolución impugnada no cumple -entre otros- con los requisitos de integridad y autosuficiencia que se exige a las resoluciones como la impugnada. Carece de integridad porque, de los argumentos señalados por el Superintendente en la citada resolución, no se logra entender por qué se sancionan todas las infracciones a la RCA como una sola, y por qué el número de estas se consideró como una agravante. La carencia de fundamentación resulta contumaz respecto de las infracciones a la Resolución Exenta N° 107, donde sólo se indica que se aplicará el concurso infraccional sin ningún tipo de fundamentación. La resolución impugnada no es autosuficiente, por cuanto requirió de nuevos argumentos por parte del Superintendente para explicar su decisión, lo que se agrava si se considera que dichos antecedentes estaban destinados a fundamentar una figura jurídica distinta a aquella contenida en la resolución recurrida. Lo anterior es motivo suficiente para invalidar en esta parte la resolución, sin perjuicio de lo que se dirá en el fondo respecto a la procedencia del concurso infraccional y el concurso infraccional imperfecto”.

“Sexagésimo tercero: Que, en consecuencia, la SMA incurrió en ilegalidad al sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción y considerar el número de incumplimientos como agravante, por lo que deberá, al dictar la nueva resolución, proceder a sancionar cada uno de los incumplimientos en forma independiente, realizando la calificación de cada uno de ellos conforme al artículo 36 de la LOSMA y determinar, conforme a los criterios del artículo 40, cuál es la sanción correspondiente, de acuerdo a una debida fundamentación.

Sexagésimo cuarto: Que, de acuerdo a los argumentos señalados precedentemente, la SMA deberá proceder de la misma forma respecto de, a lo menos, los seis incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107, ya que también se les sancionó como una sola infracción por aplicación del denominado “concurso infraccional”, calificado como improcedente por este Tribunal⁶⁴.

Así, en sede jurisdiccional quedó establecido de forma indubitada que los hechos constitutivos de cargos sancionados bajo una sola infracción son en realidad múltiples infracciones e independientes⁶⁵, por lo que lógicamente en esta instancia

⁶⁴ Véase igualmente el considerando sexagésimo segundo de la sentencia citada.

⁶⁵ Por lo demás, la propia SMA así lo entendió en la anulada Resolución N°477, por cuanto esta última calificó en forma previa y expresa que cada una de las infracciones incluidas en los numerales 23.2 al 23.13 del Ordinario N°58 son independientes entre sí, pues **“constituyen asimismo infracciones”**, no obstante lo cual, le hace aplicable un supuesto concurso del todo improcedente, basado única y exclusivamente en el factor de conexión que sería el instrumento ambiental que violaron: la RCA.

Respecto a este punto, la Resolución N°477 establece en su Considerando 93°), letra a), literal xvi): “[que] los hechos, actos y omisiones descritos en los numerales 23.2 al 23.13 del Ord. U.I.P.S. N° 58 constituyen asimismo infracciones, pero dado el concurso infraccional, serán consideradas como circunstancias agravantes”.

En el mismo sentido se pronuncia la resolución indicada en su Considerando 100°), letra e), literal iii), al señalar: “La cantidad de normas, condiciones y/o medidas establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental y en la Resolución Exenta N° 107 que fueron infringidos, debe considerarse como una circunstancia agravante, dado que el modelo sancionatorio ambiental está desarrollado sobre la base de una tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, por lo que basta un solo hecho, acto u omisión constitutivo de infracción para incurrir en responsabilidad administrativa. En este sentido, la concurrencia de múltiples hechos, actos u omisiones que infringen normas, condiciones y medidas establecidas en dichos instrumentos configuran un concurso infraccional, por lo que resulta procedente agravar la sanción debido a la cantidad de infracciones recaídas en un solo instrumento.... De los antecedentes es posible establecer que la Compañía Minera Nevada SpA ha infringido un total de 5 instrumentos sobre los que la Superintendencia del Medio Ambiente tiene competencia para conocer y sancionar sus infracciones”.

Asimismo, es necesario señalar que dentro de las infracciones detectadas a la Resolución Exenta N° 24, que califica ambientalmente el proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, es posible contar el incumplimiento de, al menos, diez medidas, normas y condiciones contenidas en los considerandos 4.3.1.a.1, 4.3.2.i, 4.2.d.2, 4.5.2.a, 4.5.2.b, 9.8, 7.a.1, 5.1.b, 9.17 de la RCA, y lo dispuesto en el Anexo II-M Plan de Manejo de Aguas Parte Superior de la Cuenca del Río Estrecho de la Adenda N° 2, Apéndice N°1, diseño hidráulico, punto 2.4.4; y Anexo II-M Plan de Manejo de Aguas Parte Superior de la Cuenca del Río Estrecho de la Adenda N° 2, punto 3.1: “Estrategia de manejo de aguas”. Por otra parte, los incumplimientos a la Resolución 107 que adoptó diversas medidas provisionales, también hace aplicable el concurso infraccional antes referido”.

de reapertura se debe evitar incurrir en el mismo error de la Resolución N°477, sancionando esta vez a cada infracción separadamente y conforme a su gravedad, según establece la ley.

Si se procediera a agrupar por segunda vez infracciones respecto de las cuales una sentencia, actualmente ejecutoriada, y dictada en sede de revisión judicial de la anterior resolución de término, declaró que debían ser sancionadas de forma separada, se contravendría la decisión vinculante emanada del STA, lo que adolece de un vicio de nulidad.

Sin embargo, en su presentación de “evacua traslado” de fecha 14 de mayo de 2015, CMN intenta eludir lo ya establecido por el STA –mediante sentencia firme y confirmada por la Excm. Corte Suprema-, proponiendo agrupar distintas infracciones, para que, conforme al grupo, un conjunto de infracciones independientes se castiguen como una sola, aludiendo la supuesta configuración en la especie del principio *non bis in ídem*.

Así, la infractora plantea el siguiente esquema de sanción:

- (a) Respecto a las infracciones del artículo 35 letra a) por incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA:
 - 1ª agrupación: Construcción de un sistema de interceptación y desvío de aguas de no contacto distinto al aprobado por la RCA (cargos 23.1, 23.2 y 23.3);
 - 2ª agrupación: Falta de construcción del sistema de tratamiento de drenajes ácidos evaluado en la oportunidad correspondiente (cargos 23.4, 23.5 y 23.6);
 - 3ª agrupación: Descarga de Planta DAR no declarada ni monitoreada (cargo 23.7);
 - 4ª agrupación: Utilizar un sistema de alerta de aguas superficiales en base a una metodología distinta a la evaluada (23.8 y 23.9);
 - 5ª agrupación: Construcción y operación de CCR sin estar autorizado en la RCA (cargos 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13);
 - 6ª agrupación: Incumplimiento al Sistema de Alerta de Aguas Subterráneas (cargo 23.14).

(b) Infracciones del artículo 35 letra l) de la LO-SMA por incumplimiento a las obligaciones derivadas de las medidas provisionales decretadas por la Resolución Exenta N°107:

- 7ª agrupación: Incumplimiento de la medida de corrección, seguridad y control que buscaba impedir la continuidad de producción de riesgo a causa de los hechos autodenunciados por CMN (cargos 24.1, 24.2 y 24.3);
- 8ª agrupación: Incumplimiento del programa de monitoreo y análisis de la calidad del agua dictado por la SMA (cargos 24.4, 24.5 y 24.6);

(c) Infracciones del artículo 35 letra e) por incumplimiento de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta en ejercicio de las atribuciones que le confiera la ley:

- 9ª agrupación: Infracción a la Resolución Exenta N°574 en los términos que indica (cargo 25);
- 10ª agrupación: Infracción a la Resolución Exenta N°37 en los términos que indica (cargo 26).

(d) Infracciones del artículo 35 letra j) por incumplimiento a los requerimientos de información que la superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a la ley (cargo 27).

Como salta a la vista, y más allá de la supuesta apariencia de *non bis in ídem* que CMN refiere, lo cierto es que se trata del mismo tipo de concursos que expresamente rechazó el STA al revisar (y anular) la Resolución N°477. De este modo, tanto la propuesta de agrupación de infracciones efectuada por CMN, como su alegación de que en este caso tiene lugar la aplicación del principio *non bis in ídem*, deberán ser rechazadas de forma íntegra, pues como fue declarado en la sentencia del STA, cada una de las infracciones comprendidas en el Ordinario N°58 son hechos independientes, autónomos, con entidades y consecuencias disímiles, y que por lo demás atentan contra diferentes obligaciones comprendidas sea en la RCA como en otras resoluciones dictadas por esta entidad fiscalizadora.

En consecuencia, en la especie se configuran –y no puede entenderse de otra manera- incumplimientos o infracciones a distintas obligaciones contenidas en los instrumentos de gestión ambiental respectivos y en los requerimientos emitidos directamente por la SMA, comprendiendo cada una de ellas distintas formas de

afectación a los bienes jurídicos protegidos, como también distintos elementos y aspectos de protección al medioambiente, además de consistir en hechos material y temporalmente diferentes, sin que exista una pretendida unidad de hecho al respecto⁶⁶.

Tratándose de las infracciones a la RCA, muchas de ellas consisten en acciones positivas, tales como verter aguas de contacto sin tratar al curso del Río Estrecho; otras, son omisiones en la construcción de obras civiles esenciales para llevar a cabo la descontaminación de las aguas, y las restantes son omisiones en el monitoreo preventivo de las aguas, y de seguimiento de los Planes de Emergencia y Pre-Emergencia en caso de eventos de descontaminación, las que son de una notoria gravedad pues causaron un daño ambiental no reparable a las aguas del Río Estrecho y de la cuenca del Río Huasco, sumado a la entrega de información falsa a la autoridad al señalar que las obras ya se habían hecho y que se encontraban finalizadas, en circunstancias que no era así⁶⁷.

En el caso de las infracciones a la Resolución N°107, estas dicen relación con información requerida por la autoridad o con la ocultación de antecedentes relevantes con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima. En efecto, por la conducta de CMN no se permitió conocer a las autoridades fiscalizadoras el real estado y calidad de las aguas al no efectuarse los monitoreos diarios requeridos por la autoridad, o bien las muestras fueron tomadas en puntos distintos a los ordenados por la SMA, o lo que es más grave aún, CMN eludió la presentación de un plan de contingencia por la vía de una modificación de facto de las condiciones de la RCA.

De lo expuesto, consta claramente que los incumplimientos de la RCA y de la Resolución N°107 no sólo son distintas e independientes entre sí, sino que además varias de ellas consisten en realidad en infracciones gravísimas, lo que no hace

⁶⁶ Para mayor detalle, nos remitimos a las páginas 11 y siguientes del "evacúa traslado" de esta parte, presentado con fecha 18 de mayo de 2015.

⁶⁷ Al respecto, y como señalaremos con mayor detalle en el punto siguiente, se aprecia por ejemplo en la carta de fecha 22 de junio de 2012, por la que CMN, frente a una solicitud de la Sra. Olivia Pereira Valdés, Directora (s) del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama respecto de la entrega del informe de monitoreo de la calidad de aguas, le responde que sólo se encuentra listo el del primer semestre del año 2011, y que el informe de calidad de las aguas de abril de 2011 a abril de 2012 (es decir, ya había más de un año de retraso), le sería entregado en 10 días hábiles más. Igualmente, en la misma carta, CMN declaró como efectivamente construidos los canales perimetrales Norte y Sur en junio de 2012, en circunstancias que se pudo constatar posteriormente que éste no contaba con las especificaciones aprobadas por la autoridad. Más llamativa aún es la frase final de esta carta, en cuanto asegura que cada detalle de la construcción de estas obras fue informada a la autoridad. Nos remitimos a los extractos individualizados en la presentación referida.

sino confirmar la diferencia existente entre ellas, sea en la forma de afectación del bien jurídico en cuestión, sea en la gravedad de la afectación causada, en su realización espacio/temporal, y en el daño causado por cada una de estas conductas. De esta manera, no puede sino sancionarse, de forma separada y en toda su magnitud, las conductas gravísimas ejecutadas por CMN y que persisten en el tiempo.

Por tanto, debe descartarse la posibilidad de agrupar las infracciones en los términos solicitados por la infractora, toda vez que no estamos ante unos pocos hechos que comprendan diversas acciones, o que por sí mismos reúnan los requisitos de dos o más tipos infraccionales, sino ante hechos diferentes, cada uno de los cuales constituye una infracción individual independiente, con calificación propia, y que merece ser sancionada con una multa independiente, sin que se configure en los hechos la triple identidad legal (de infractor o sujeto, hecho u objeto, y bien jurídico protegido) pretendida por CMN⁶⁸.

Aun así, para el más que improbable caso en que se estime que tendría lugar la aplicación del *non bis in ídem*, ello no es posible, por cuanto no existe identidad ni unidad en los hechos constitutivos de infracción en los términos planteados por la infractora. En efecto, como se indicó precedentemente, los hechos constitutivos de cargos son todos distintos e independientes, fáctica y jurídicamente, sin que puedan subsumirse unos con otros.

Faltando el requisito de identidad objetiva, no se configura la triple identidad legal necesaria para que exista el riesgo de una eventual “doble sanción” por un mismo hecho (u omisión), no siendo posible la concurrencia en este caso de los supuestos que dan lugar a la aplicación del *non bis in ídem*, pues no existe peligro de una sanción múltiple respecto de alguno de los hechos materia de cargos.

De este modo, deberá aplicarse la regla general en nuestro Derecho -sea en sede penal o administrativa-, y que consiste en que cada acción ilícita constituye una infracción y que al sujeto infractor se le impondrán todas las sanciones que correspondan a las infracciones cometidas⁶⁹. Así lo establece el artículo 74 del Código Penal:

⁶⁸ Tampoco se ha trabado una relación de medio a fin entre las diversas infracciones, es decir, ninguna de ellas ha sido el medio para perpetrar las demás infracciones. A ello se suma que cada una de las situaciones recogidas en la formulación de cargos contravienen distintas obligaciones (y no varias veces una misma) contenidas ya sea en la RCA, o en la Resolución N°107.

⁶⁹ GOMEZ PADILLA, Remedios, *Concurso de Normas y de Infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador*, Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, Volumen N°41, página 145.

"Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones"⁷⁰.

Asimismo, esta aplicación simultánea es perfectamente posible en este caso por tratarse de sanciones pecuniarias y en sede infraccional.

La situación que tiene lugar en autos no responde entonces a la aplicación del *non bis in idem*, ni a una necesidad de subclasificar las distintas conductas de CMN constitutivas de infracción. Al contrario, atendida la multiplicidad de hechos distintos y al tener que considerar como ilícitos distintos cada uno de los hechos, acciones u omisiones que constituyen las infracciones, además de su gravedad, lo que corresponde es la aplicación simultánea de cada una de las sanciones de conformidad al artículo 74 del Código Penal, pues como ha señalado la doctrina "el concurso material se producirá cuando la pluralidad de delitos provenga de la multiplicidad de hechos"⁷¹.

Es esta –y no otra-, la forma en que se deberán aplicar las sanciones que el Señor Superintendente determine en estos autos.

VI.

Aplicación y valoración de las circunstancias del artículo 40 LO-SMA

El artículo 40 de la LO-SMA establece que el Superintendente, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, considerará una serie de circunstancias, algunas de las cuales pueden ser tomadas como una circunstancia atenuante o agravante de la sanción, y otras sólo como agravantes. Como se verá a continuación, la evaluación en el caso concreto de los criterios establecidos por el legislador para determinar las sanciones específicas que correspondan, conllevan irrefutablemente a la aplicación de diversas agravantes al momento de dictar la resolución de término de este procedimiento.

1. Importancia del daño causado o del peligro ocasionado

⁷⁰ A esta figura en doctrina se le conoce como "concurso real o material de delitos", el que tiene lugar "cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada". Cury Urzúa, Enrique; *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 9ª edición, 2009, páginas 659 y siguientes.

⁷¹ Etcheberry Orthustegui, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2010, T. II., p. 116).

Al dictar la Resolución N°477, la SMA omitió todo pronunciamiento sobre la circunstancia descrita en el N°1 del artículo 40 de la LO-SMA, lo que motivó un reproche por parte del STA, que acusó una completa falta de motivación de la resolución señalada en lo que a la aplicación de las circunstancias calificantes se refiere.

Por ello, es necesario detenerse nuevamente en estas calificantes, a fin de que sean debidamente consideradas, en su carácter de agravantes, al momento de determinar las sanciones a imponer a la empresa infractora con motivo de este procedimiento.

a) La importancia del daño causado:

En relación con esta circunstancia, deberá tenerse especialmente presente tanto (i) el daño ambiental causado a las vegas andinas, la que a su vez es señalada por el Ordinario N°58 como circunstancia a considerar al aplicar las sanciones procedentes en este caso⁷²; como (ii) la contaminación y afectación de las aguas del Río Estrecho, tras constatarse numerosas excedencias a los parámetros máximos de la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, según ha quedado de manifiesto en el Informe de Fiscalización adjuntado –y posteriormente corregido– al proceso infraccional.

Igualmente, bajo este concepto se debe comprender los perjuicios económicos causados a los agricultores que desarrollan actividades río abajo, como también los causados a la calidad de vida de las comunidades que residen en las áreas colindantes a las zonas operativas de la faena minera desarrollada por CMN, las que han debido lidiar –y se han visto directamente afectadas– por los episodios de contaminación materia de este procedimiento.

b) La importancia del peligro ocasionado:

Bajo esta perspectiva, el riesgo provocado por haber vertido al Río Estrecho aguas por sobre los parámetros máximos de contaminación genera una órbita de peligro

⁷² Página 24 del Ordinario N°58: "En el presente caso, este Fiscal Instructor para efectos de proponer al Superintendente del Medio Ambiente la aplicación de la sanción que estimare procedente en el dictamen, considerará especialmente, en la determinación de la sanción específica, la concurrencia de las siguientes circunstancias: ix) la afectación a vegas andinas". Además, cabe hacer presente que una nueva afectación de vegas alto andinas se ha constatado en el procedimiento sancionatorio Rol D-011-2015, ante esta Superintendencia.

potencialmente dañina para los habitantes de las zonas aledañas al río Huasco y sus afluentes, toda vez que el incumplimiento de los estándares impuestos por la RCA según el D.S 90/2000 y las normas chilenas de riego o NCh 1.333 (relativa a los requisitos de calidad del agua para distintos usos) y de agua potable o NCh 409 vulneran normas que tienen por objeto la protección de la agricultura como actividad económica y de la salud de los habitantes aledaños a la faena minera.

A mayor abundamiento, la no implementación de los Planes de Preemergencia y Emergencia -hecho denunciado por esta parte y corroborado por la SMA- son síntomas evidentes de que dichas aguas escurrieron río abajo de manera inadecuada, dejando a los habitantes de las zonas aledañas en una posición riesgosa tanto para sus actividades agrícolas como para su salud.

Por lo demás, el riesgo señalado se ha concretado en la afectación gravísima de los predios agrícolas destinados a la producción de uva de mesa de exportación de los cuales nuestras representadas son propietarias en el valle del río Huasco, por cuanto se han vertido sedimentos y materiales particulados, que afectan las aguas destinadas a la agricultura.

Así, la contaminación de las aguas para efectos de este criterio debe estimarse sobre todo desde las consecuencias potenciales y reales que ha tenido en las personas y comunidades que trabajan y habitan en las zonas directamente afectadas por el escurrir de las aguas desde las zonas de extracción minera.

2. Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción

A fin de contextualizar la aplicación de esta circunstancia en el procedimiento de autos, cabe referirse primeramente a lo dispuesto por el STA, en el considerando 70° de la sentencia dictada en la causa Rol R-06-2015:

"Septuagésimo: 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. Lo anterior es de toda lógica, 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 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 la misma ley".

Como se puede ver, para el STA tiene especial relevancia la alteración de la calidad de las aguas para efectos del artículo 40 letra b) de la LO-SMA, circunstancia que ha quedado suficientemente establecida en este procedimiento, y que por cierto constituye una situación de daño ambiental patente, lo que deberá tenerse en cuenta al analizar esta circunstancia calificante.

Pero además de ello, y tomando en cuenta lo señalado por el STA, la SMA ordenó mediante la Resolución N°1191 la realización de una evaluación de riesgo a la salud de la población por la División de Fiscalización de la misma Superintendencia, precisamente para determinar la aplicación de la calificante en comento.

Dicha evaluación fue remitida a este procedimiento mediante el Memorándum N°125/2016, que contiene la referida Minuta Técnica⁷³. Entre las conclusiones que pueden observarse en este documento, especial importancia tienen las siguientes:

"Las sustancias químicas identificadas con un riesgo potencial, para la vía de exposición oral en el punto de exposición definido, es decir NE-8 corresponden a Hierro (Fe), Manganeso (Mn), Aluminio (Al) y Arsénico (As). Las razones de esta caracterización tiene relación con la identificación de excedencias, durante un periodo de tiempo dado, a los valores de referencia establecidos tanto en la NCh N°409, como en los límites para los parámetros de Drenaje Ácido de Roca, establecidos en base a lo expuesto en la sentencia causa Rol R-06-2013 del Segundo Tribunal Ambiental. De las cuatro sustancias de riesgo el hierro, el manganeso y el aluminio corresponden a sustancias clasificadas como no

⁷³ Conforme se señala en la página 66 de esta Minuta, el área de estudio específico, definido para la realización de esta evaluación de riesgo a la salud humana, "correspondió a la localidad de Chollay, conformada por las entidades pobladas de Chollay, Pachuy y El Canuto, la cual se inserta en la comuna de Alto del Carmen en la Región de Atacama y se localiza en la sub-subcuenca del río Estrecho/ Chollay. Esta localidad corresponde a aquella que se emplaza más cercana al punto de monitoreo NE-8, que corresponde al primer punto de captación de agua para la bebida humana, de acuerdo a lo señalado por CMN SpA, durante la evaluación ambiental del Proyecto "Modificaciones Proyecto Pascua Lama" y que por lo tanto ha sido considerado como el potencial punto de exposición para la población, a las sustancias de riesgo potencial identificadas.

La población emplazada en el área de estudio, es eminentemente rural, el patrón de emplazamiento de la población, responde a la ubicación de los cursos de agua superficial, por lo que las viviendas de los habitantes del área de estudio, se emplazan cercanos a cursos hídricos".

cancerígenas, de acuerdo a los antecedentes recopilados a través del banco de datos IRIS de la U.S. EPA; el Arsénico, a su vez corresponde a una sustancia química que podría ocasionar efectos no cancerígenos y cancerígenos, debido a lo cual y en base a I. Lema, M. Zuk y L. Rojas-Bracho, (2010, pág. 71), la estimación de riesgos se enfocó en los efectos cancerígenos del Arsénico, ello para abordar de manera más conservadora la evaluación de riesgos a la salud humana⁷⁴.

“En la sub-serie de tiempo denominada “Pre Infracción”, se registraron los mayores IPT del punto de monitoreo NE-8, tanto para adultos, como para niños. La sub-serie de tiempo “No Activación de PAT”, posee los IPT más altos luego de la sub serie temporal “Pre Infracción”. Finalmente en la sub serie temporal “Post Infracción”, los valores de IPT obtenidos tienden a volver a aquellos registrados durante la sub-serie “Pre Proyecto”.

En síntesis, para el punto de exposición definido en el presente estudio, correspondiente al punto de monitoreo NE-8 (caracterizado durante la evaluación ambiental como el punto más cercano al Proyecto desde el cual se extraía agua para la bebida humana) y en base los resultados obtenidos a través de la estimación de riesgos no cancerígenos, ha sido posible establecer la existencia de potenciales riesgos de tipo no cancerígeno, durante las cuatro sub series temporales analizadas, siendo las sub series temporales “Pre Infracción”, seguida por “No Activación de PAT”, las sub series temporales que presentan Índices de Peligro Total más altos⁷⁵.

“Para estimar los riesgos cancerígenos asociados a la exposición crónica al Arsénico en el punto de exposición definido para el presente estudio, vale decir el punto de monitoreo NE-8, se calculó el Riesgo Extra de contraer Cáncer durante el tiempo de Vida (RECV), obteniéndose el riesgo individual de contraer cáncer por la exposición al Arsénico presente en el agua superficial empleada hipotéticamente para la bebida. Los resultados del riesgo individual obtenidos en las cuatro sub series de tiempo consideradas superan el nivel de riesgo aceptable establecido por la US EPA (superando 1 caso en 10.000 personas), siendo la sub serie temporal de “No Activación del PAT”, la que registró el valor de riesgo cancerígeno más alto⁷⁶.

Como se puede apreciar, la evaluación de riesgos a la salud de la población efectuada por la División de Fiscalización de la SMA concluyó la existencia de

⁷⁴ Página 66 de la Minuta, conclusión N°2.

⁷⁵ Página 66 de la Minuta, conclusión N°3, sobre niveles de hierro, manganeso y aluminio.

⁷⁶ Página 67 de la Minuta, conclusión N°4.

riesgos de tipo cancerígeno y no cancerígeno en el área de estudio, centrándose en la toxicidad de determinadas sustancias químicas respecto a los puntos de control señalados para efectos del estudio.

Sin perjuicio de lo anterior, y atendido que la evaluación efectuada por la División de Fiscalización se limita sólo a la localidad de Chollay, es necesario hacer presente que la contaminación de las aguas pudo –y puede actualmente- igualmente afectar la salud de un número importante de personas, considerando que la población que habita actualmente la comuna de Alto del Carmen –donde se encuentra el Proyecto- posee una superficie de 5.939 km² y una población de 4.840 habitantes, de los cuales son 2.211 mujeres y 2.629 hombres al año 2002 de acuerdo al INE⁷⁷, la que atendido su carácter eminentemente rural es dependiente de los recursos hídricos el río Huasco y sus afluentes, viéndose afectados por los eventos materia de cargos.

A ello se suma el hecho que una de las principales actividades de la zona es la agricultura, la cual provee de frutas y vegetales a Chile y el extranjero, de modo tal que muchas de esas personas podrían verse afectadas por residuos de contaminantes existentes en las frutas y vegetales que fueron regados con aguas contaminadas y con residuos por encima de los máximos permitidos por la ley.

Finalmente, respecto de esta circunstancia calificante es necesario tener presente que no requiere la determinación exacta del número de personas afectadas, sino que hace hincapié en la potencialidad de afectación de la población, y que en este caso es inmensa por tratarse de empresa una que se encuentra situada y desarrolla sus actividades en la cabecera del valle, de donde nacen los cursos de aguas que conforman la cuenca del valle del Río Huasco, y de lo cual el número de interesados en este procedimiento es sólo una muestra del amplio espectro de afectados por los hechos objeto de este procedimiento.

3. Beneficio económico obtenido con motivo de las infracciones

Como bien señaló la SMA refiriéndose a este criterio en la Resolución N° 477, "el mandato del legislador en orden a considerar en la aplicación de las sanciones administrativas ambientales el beneficio económico que le reporta al autor el ilícito ambiental, dice relación con evitar que la sanción aplicada carezca de efectos

⁷⁷ Reporte Estadístico Comunal Alto del Carmen, Sistema Integrado de Información Territorial, Abril 2008. Biblioteca del Congreso Nacional.

disuasivos ante la mayor ventaja económica que podría representar el incumplimiento. En efecto, la sanción administrativa debe cumplir un doble fin. En primer término, debe propender al cumplimiento ambiental; y en segundo término, disuadir a los regulados de incurrir en la infracción de instrumentos ambientales de carácter ambiental⁷⁸.

Así, la finalidad que persigue este criterio, como presupuesto del régimen sancionador aplicable en este procedimiento, consiste en evitar que la comisión de las infracciones resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, lo que constituiría una deficiencia grave del sistema y un incentivo perverso al incumplimiento en materia ambiental.

Al evaluar la aplicabilidad de este criterio previo a dictar la Resolución N°477, la SMA se detuvo en sólo tres variables a la hora de sopesar la sanción impuesta a CMN:

- a) Beneficio asociado al retraso en incurrir en los costos de cumplimiento.
- b) Beneficio asociado a los costos evitados con motivo del incumplimiento.
- c) Beneficio asociado a una actividad ilegal.

Al respecto, concluyó en dicha oportunidad que "el infractor ha obtenido un beneficio económico con motivo de las infracciones de las normas condiciones y medidas establecidas en la RCA del Proyecto asociado a costos retrasados y evitados que corresponden a la suma de 9.022 (ocho mil novecientos noventa y nueve) Unidades Tributarias Anuales ("UTA"), principalmente debido a lo siguiente:

⁷⁸ Resolución N°477, considerando 100° letra a).

Obras del Sistema de Manejo de aguas	Costo Retrasado UTA	Beneficio económico por costos retrasados UTA
La construcción de la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno en la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido.	323	95
La construcción de la Planta de Osmosis Inversa o tratamiento secundario.	9.570	2.823
La construcción del Sistema de Evaporación Forzada.	1.818	536
La construcción de mejoras del Canal Perimetral Norte Inferior.	17.453	5.148
La construcción y habilitación de baterías de pozos de bombeo, sistemas de cañerías y fuentes de energía asociados.	980	289

Operación mensual	Beneficio Económico por Costo Anual Evitado UTA
La unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno en la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido; la Planta de Osmosis Inversa o tratamiento secundario; y, del Sistema de Evaporación Forzada.	96
Baterías de pozos de bombeo, sistemas de cañerías y fuentes de energía asociados	35

»79

Si bien las variables tomadas en cuenta por la SMA son necesarias para la determinación del beneficio económico que ha tenido la infractora, y que por sí ya han determinado la configuración de esta agravante, el análisis de los beneficios económicos obtenidos por ésta última se han basado de forma exclusiva en la información remitida por la propia empresa, lo que naturalmente obsta al mínimo de imparcialidad necesario que debería cumplir para tales efectos.

Ciertamente, estos antecedentes han sido allegados al procedimiento por las presentaciones de CMN con fechas 8 de mayo de 2013 y 10 de mayo de 2016, los que –como señalamos en la reposición de fecha 2 de mayo de 2015- no consideran en su totalidad los factores que pudo tener a la vista esta compañía para incurrir en tamañas infracciones, como el costo alternativo de realizar las inversiones

⁷⁹ Explicando la aplicación de este criterio, la resolución en comento señaló: "Para el caso de beneficio por costos retrasados, se basa en la realización de estimaciones de la variación en el flujo de inversiones necesarias para cumplir con las exigencias, tanto en el escenario de cumplimiento a (tiempo), como en el de no cumplimiento (cumplimiento en una fecha posterior). El beneficio económico del infractor estará dado por la diferencia entre el valor presente asociado a cada escenario. De esta forma el beneficio económico por costos retrasados se encuentra asociado a la ganancia al costo de oportunidad de los recursos no invertidos durante el período de incumplimiento. En el caso de beneficio por otros costos evitados, se basa en la estimación del valor presente asociado a todos los costos recurrentes, en este caso los costos operacionales, en que el infractor debió incurrir durante todo el período de incumplimiento, los cuales corresponden a un ahorro económico por parte del infractor". Resolución N°477, nota al pie N°11.

requeridas, la postergación deliberada de la construcción de las instalaciones necesarias para ejecutar el plan de manejo de aguas, etc.

Tampoco se puede dilucidar de estas presentaciones cuál ha sido el impacto económico para CMN el hecho de no construir en la época originalmente contemplada el sistema de tratamiento de aguas, y materializar la inversión requerida para dar cabal cumplimiento a la RCA y a la legislación ambiental, lo que motivó la solicitud de un peritaje por esta parte con fecha 18 de mayo de 2015, y que fue rechazado por esta SMA.

No obstante estos reparos, y como fue señalado, incluso de los propios antecedentes aportados por CMN se desprende el claro beneficio económico obtenido por el infractor a consecuencia del deliberado retraso en la construcción de una serie de obras civiles del Proyecto, como también de la no realización de los muestreos en los términos en que se encontraba obligada a hacerlo, entre otros, lo que deberá ser considerado para la aplicación de esta circunstancia agravante al momento de determinar las sanciones a imponer a CMN.

Finalmente, cabe hacer presente que las alegaciones de la infractora en orden a 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"⁸⁰ carecen de todo fundamento en la especie. Sobre este punto, la infractora sostiene que ha incurrido en diversos gastos en el Proyecto, los que deberán ser considerados e imputados al beneficio económico que se determine por la SMA, siempre y cuando hayan sido con el objeto de abordar igualmente los impactos ambientales del proyecto.

Al respecto, baste señalar lo siguiente:

- En el presente caso, podemos apreciar una serie de trabajos y obras que, derechamente, no fueron realizados (en que se manifiesta claramente un beneficio económico), o, la ejecución alternativa de otros trabajos y obras (cuando ha ocurrido) de manera distinta a lo dispuesto en la RCA. En esta última situación, la ejecución de manera absolutamente irregular, sin contar con las autorizaciones y permisos sectoriales correspondientes, en ningún caso podrían ser considerados para "atenuar" la calificante en comento, pues ello sería no solo avalar una actuación ilegal, sino que también consolida la

⁸⁰ Véase por ejemplo páginas 29 y siguientes de la Carta PL-066/2016.

primacía de un análisis costo-beneficio pecuniario sobre bienes jurídicos de una entidad tal como la vida y salud de las personas, o la protección al medio ambiente, lo que repugna no sólo al Derecho, sino también a la lógica más elemental.

- Hasta la fecha, y no obstante lo ordenado por esta misma SMA, el STA, Cortes de Apelaciones y la Excma. Corte Suprema, CMN se rehúsa a llevar a cabo no sólo las obras contempladas en la RCA –y especialmente aquellas referidas al sistema de manejo de aguas-, sino que todas aquellas medidas que le han sido impartidas con el objeto de mitigar y prevenir la expansión del daño ya causado por su reiterativa conducta displicente en la materia.

En este sentido, los únicos gastos que, quizás, podría aludir la infractora, serían aquellos resultantes de “soluciones a medias” que ha sostenido llevar a cabo, y cuya operatividad y eficacia queda en entredicho por las denuncias y nuevos procedimientos –administrativos y judiciales- que se siguen en contra del Proyecto. Por lo demás, estas “inversiones” –si es que son tales- ni siquiera han sido voluntarias, sino que han sido consecuencia de diversos conflictos en que se ha visto involucrado CMN, en que ha sido requerida de llevar a cabo una serie de medidas, lo que por cierto no ha hecho. Es decir, se ha persistido en la actitud de eludir el cumplimiento, de una vez por todas, de los compromisos ambientales adquiridos. Esta situación no puede ser convalidada ni tolerada por esta Superintendencia, pues constituye una grosera forma de aprovecharse de sus propios incumplimientos anteriores – y actuales-, lo que simplemente no es admisible.

Por lo demás, los ejemplos expuestos por CMN para fundar su posición, aludiendo a casos en que la ejecución alternativa de los trabajos contemplados en la RCA ha resultado más costosa que aquella contemplada en ése instrumento, no coinciden con el caso de este procedimiento, más bien se trata de todo lo contrario, por lo que este intento por disfrazar la verdadera naturaleza de las gastos en que haya incurrido la infractora bajo la apariencia de una “mejor alternativa”, es inverosímil.

Por ello, deberá aplicarse en toda su extensión la calificante comentada en este apartado.

4. Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma

Atendida la envergadura y connotación pública que desde un primer momento ha tenido este proyecto, sumado al alto nivel de especialización de esta compañía, es un hecho que ella a través de sus ejecutivos de más alta jerarquía no pudo menos que saber del contenido de la RCA respectiva y de las imposiciones que ella contemplaba, así como los riesgos que conllevaba el inicio del pre-stripping sin cumplir con el permiso ambiental de su proyecto⁸¹.

En efecto, CMN inició sus actividades de tronaduras, perforación, pre-stripping, etc., mucho antes de haber completado la fase de construcción del proyecto, estando en cabal conocimiento del riesgo que conllevaba esta situación, tanto para el medioambiente y como para los habitantes aledaños a la zona de operación. Solo al verse superada por los hechos de diciembre de 2012 y enero de 2013, CMN presentó una autodenuncia –parcial e ineficaz por cierto- y es por esa simple razón, que todos sus incumplimientos quedaron al descubierto.

Tratándose de “la empresa minera líder en la industria del oro”⁸², con minas operativas y proyectos en diferentes etapas de exploración y desarrollo en todo el mundo, a lo que se suma una vasta trayectoria en el mercado, no queda duda que los ejecutivos de CMN no pudieron sino representarse el resultado dañoso derivado de los incumplimientos ambientales, y no obstante ello, decidieron actuar de todos modos, sin medir las consecuencias⁸³.

⁸¹ Así por ejemplo, de las declaraciones de Manuel Tejos y Jaime Solari –entre otros-, prestadas ante la SMA con fecha 29 de enero del año en curso, consta la complejidad existente en la toma de decisiones al interior de Barrick, precisamente porque se encontraban involucrados e intervenían en estas decisiones los más altos ejecutivos de la compañía. También es manifiesto según la propia declaración – de fecha 28 de enero del 2013- de don Guillermo Caló, representante legal de Minera Nevada, que siempre se tuvo a la vista los riesgos del actuar negligente de Minera Nevada.

⁸² www.barricklatam.com.

⁸³ En el mismo sentido, la SMA ya aplicó –correctamente a nuestro juicio- esta agravante, señalando lo siguiente:

“Para este Superintendente, resulta evidente que el infractor ha actuado en calidad de autor de las infracciones, toda vez que es el titular de la Resolución de Calificación Ambiental en donde constan las normas, condiciones y medidas en base a las cuales debe construirse y desarrollarse el proyecto, y por tanto es éste el jurídicamente obligado a darle cumplimiento.

(...) La legislación administrativa regulatoria está configurada de tal manera, que impone a los regulados una serie de obligaciones dentro del marco de las actividades que desarrollan, colocando, a los entes objeto de fiscalización, en una especial posición de obediencia respecto a determinados estándares de diligencia, en razón de los bienes jurídicos que protege la legislación administrativa, o por los beneficios que se proveen al regulado al explotar un bien público o cuya explotación es estratégica e indispensable para el país.

(...) El regulado obtiene una autorización de funcionamiento estatal, que fija los términos de su ejercicio, que son considerados fundamentales para la protección del bien jurídico medio ambiente. En efecto, sólo se ejecuta el proyecto bajo esas condiciones, de tal manera que la ausencia de evaluación ambiental y del cumplimiento de las condiciones fijadas en la evaluación, hace presumible la existencia de efectos e impactos negativos al medio ambiente.

En razón de lo anterior, a juicio de este Superintendente, el ordenamiento jurídico impone al regulado que ha sido o debía ser evaluado en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental conforme a la Ley N° 19.300, un estándar especial de cuidado, en atención al bien jurídico protegido y la especialidad o experticia en la actividad económica que desarrolla. De este modo, el titular de una

La intencionalidad en infringir las normas que rigen su actuar queda en evidencia por la no construcción deliberada de importantes obras civiles que debían haber estado terminadas antes del inicio de la etapa de pre-stripping y que algunos de sus ejecutivos y miembros declararon ante las mismas autoridades ambientales que ya se encontraban en funcionamiento, lo que consta en este procedimiento. Esta última circunstancia, por ejemplo, en que se ha ocultado o entregado información falsa, no deja lugar a dudas: hay una representación clara por el infractor del carácter que revisten sus acciones u omisiones.

Solo a modo de ejemplo, en la carta de fecha 22 de junio de 2012, CMN, frente a una solicitud de la Sra. Olivia Pereira Valdés, Directora (s) del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama respecto de la entrega del informe de monitoreo de la calidad de aguas, le responde que sólo se encuentra listo el del primer semestre del año 2011, y que el informe de calidad de las aguas de abril de 2011 a abril de 2012 (es decir, ya había más de un año de retraso), le sería entregado en 10 días hábiles más. Pues bien, ¿Qué ocurrió finalmente? La empresa no acompañó la información acerca de la calidad de las aguas en dicho plazo tampoco. En realidad nunca lo hizo.

Los términos de dicha carta se extractan a continuación:

Resolución de Calificación Ambiental, en principio, carece de circunstancias extraordinarias que justifiquen el desconocimiento de la misma por parte del regulado, al estar en pleno conocimiento que sólo es posible ejercer su proyecto o actividad con plena satisfacción de las condiciones, normas y medidas que se fijaron en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental.

En este sentido, es posible afirmar la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones, en tanto se acredita la infracción o mera inobservancia de la norma. Al respecto la doctrina ha señalado:

"Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa; lo cual se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especialidad o experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado" (cita de Cordero, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, página 486).

En razón de lo anterior, y considerando las circunstancias particulares del regulado, como son, por ejemplo, su experiencia en el mercado minero y en regulación ambiental, es posible afirmar que existe intencionalidad en las infracciones a la Resolución de Calificación Ambiental y a las medidas provisionales decretadas".

De mi consideración:

Por la presente, me dirijo a Ud. con el propósito de entregar respuestas a las consultas contenidas en carta indicada en la REF. Para mayor claridad, se transcribe en primer lugar su consulta en cursiva y a continuación la respectiva respuesta.

1. *Informe actualizado del programa de monitoreo de calidad de aguas asociado a su proyecto minero.*

Respuesta:

Se adjunta CD con resultados del programa de monitoreo 2011 (período Junio 2010 a Julio 2011). El informe de los monitoreos para los períodos Julio 2011 a Abril 2012 será presentado a esta Dirección Regional, en un plazo de 10 días hábiles a contar del 22 de junio.

De igual forma, en la misma carta, CMN declara como efectivamente construidos los canales perimetrales Norte y Sur en junio de 2012, en circunstancias que se pudo constatar posteriormente que éste no contaba con las especificaciones aprobadas por la autoridad. Más llamativa aún es la frase final de esta carta, en cuanto asegura que cada detalle de la construcción de estas obras fue informada a la autoridad. Si fue así, cabe preguntarse, ¿cómo es posible entonces que la SMA sancione a CMN precisamente por no haber construido mal el Canal Perimetral Norte y ésta haya aceptado los cargos que le fueron formulados?

A continuación reproducimos un extracto de la misma carta donde consta lo que hemos señalado:

2. *Informe detallado de las obras ejecutadas con motivo de la implementación del plan de aguas de contacto, en donde se incorporen las fechas en que éstas fueron realizadas, específicamente las efectuadas durante el primer trimestre de 2012*

Respuesta:

A continuación, se detalla cronograma, con fechas de inicio y término de construcción, para las principales obras contempladas en la implementación del sistema de aguas de contacto.

Sistema de Manejo de Aguas de Contacto	Obras	Fecha de inicio de construcción	Fecha terminó de construcción
	Canales perimetrales:		
	Norte	10-10-11	15-04-12
	Sur	15-11-11	20-04-12
Zanjas			
	Zanja colectora N°1	30-09-11	03-10-11
	Zanja colectora N°2	30-07-10	10-01-12
Pozos de intercepción			
	Norte	01-01-11	15-04-12
	Sur	20-11-11	20-04-12
Sistema de tuberías			
	Tubería de conducción N°2	03-06-11	13-02-12
	Tubería de conducción N°4	30-07-10	13-02-12
	Tubería de conducción N°5	14-12-11	16-02-12
	Muro cortafugas	16-01-11	12-12-11
Piscinas de regulación			
	Piscinas de Almacenamiento N°1	13-11-09	03-12-09
	Piscinas de Almacenamiento N°2	23-03-12	

Cabe mencionar, que el detalle de construcción de cada una de las obras descritas anteriormente, fue informado oportunamente a la autoridad competente.

Asimismo, se encuentran las reiteradas omisiones en la entrega de información de las variables ambientales. CMN mostró una nula disposición a dar cabal y oportuno cumplimiento a las medidas provisionales impuestas por la Resolución N° 107, y a los requerimientos de información exigidos, lo que deja en evidencia la inexistente voluntad de dicha compañía de hacerse cargo y contener los riesgos y perjuicios provocados por su actuar.

Acreditado se encuentra también que CMN no solo decidió no llevar a cabo una serie de obras de gran importancia para efectos de dar cumplimiento a la RCA, sino que además ejecutó una serie de obras que no se encontraban autorizadas en dicho instrumento de gestión ambiental, lo que no puede sino reafirmar la existencia de una planificación (o representación) en orden a no cumplir con las obligaciones ambientales contraídas, para luego ejecutar obras que no se encontraban debidamente autorizadas, y de las que sólo se tuvo conocimiento a raíz de los eventos de fines del año 2012 y principio del año 2013 referidos en la formulación de cargos.

En el mismo sentido, la conducta anterior del infractor –que trataremos a continuación- y los beneficios económicos obtenidos a consecuencia del estado de incumplimiento en que se encuentra hace años CMN, constituyen graves antecedentes que afirman la existencia de una intención por parte de la compañía respecto de los hechos materia de cargos.

Sin perjuicio de todos los hechos referidos, que acreditan suficientemente la concurrencia en este caso de una intencionalidad del actor en su actuar

infraccional, CMN ha criticado el hecho que la sentencia del STA a que hemos aludido en esta presentación haya establecido la existencia de una intencionalidad en base a comportamientos negligentes, cuando “de acuerdo con los términos expresos del artículo 36” se requiere la acreditación de dolo, y más precisamente, dolo directo⁸⁴ -exigencia que se permite formular la infractora, pero que no consta de la ley-.

Más allá de que el tratamiento que hace la infractora sobre el punto es merecedor de distintos reparos, lo realmente importante es una sola cosa: la intencionalidad debe constar en el proceso.

Al respecto, y como es sabido, la prueba del dolo, y dentro de él, del dolo directo, es uno de los temas más problemáticos en materia procesal penal, al punto que se ha considerado una especie de “prueba diabólica”. En efecto, consistiendo el dolo en un elemento de naturaleza subjetiva (sicológica), y que carece de toda tangibilidad directa, la dificultad de una prueba directa es evidente. Es por ello que (como en otras áreas del Derecho), la prueba del dolo es más bien indirecta, recurriéndose para tal objeto a las ciencias empíricas⁸⁵, la confesión del acusado, como también a los indicios⁸⁶.

Teniendo presente lo anterior, el reconocimiento de los hechos por CMN, y los antecedentes expuestos precedentemente, la conclusión es unívoca: además del reconocimiento de los hechos, no puede sino haber existido una intención por parte de CMN de incurrir en las infracciones que se contienen en la formulación de cargos, siendo –por lo menos, en este caso- del todo superflua la discusión sobre dolo o negligencia que plantea la infractora, pues el mérito del proceso no admite lugar a dudas sobre la concurrencia de esta calificante al caso concreto.

Finalmente, no puede obviarse el que hasta la fecha y pese a las órdenes emanadas de esta SMA, el STA, y Cortes de Apelaciones, CMN continúa y persiste en no dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en relación con el Proyecto, bajo la apariencia de una dilatada implementación de medidas provisionales cuya eficacia sigue sin constar a esta parte y a las autoridades ambientales. La referida

⁸⁴ Páginas 20 y siguientes de la Carta PL-066/2016, que sostiene en iguales términos lo aludido por CMN en su Carta PL-0085/2015.

⁸⁵ En este contexto, por ciencias empíricas deben entenderse aquellas disciplinas científicas que tienen como objeto el análisis empírico de la faz interna o psicológica de la persona (i.e. la sicología y psiquiatría).

⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, RAMON, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Biblioteca de Derecho Penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, página 213.

circunstancia excluye toda justificación que pueda aludir CMN, pues siendo advertida de sus incumplimientos sigue sin modificar su conducta. Es más, en este último tiempo, en vez de ir solucionando las distintas dificultades que rodean al Proyecto, se han incrementado las situaciones irregulares que han devenido en un aumento de acciones judiciales y procedimientos administrativos relacionados con el mismo.

5. Conducta anterior del infractor

Sobre este punto, abundan los pronunciamientos en distintas sedes respecto la conducta histórica de CMN como infractor a la normativa y compromisos ambientales. Por ejemplo, el STA se pronunció sobre esta calificante expresamente, criticando el hecho que la Resolución N°477 no se hizo cargo, en lo más mínimo, de esta circunstancia, llegando incluso a cuestionar por qué frente a tantos incumplimientos y un historial de infracciones ambientales, la SMA decidió aplicar una pena de multa, y no la de revocación de la RCA:

(...) Sin embargo, el problema es nuevamente la motivación de la decisión y la falta de razonamiento que permita determinar de qué forma esa cantidad de incumplimientos llevaron al Superintendente a decidirse por una sanción —en este caso, multa- y no por otra, como sería, por ejemplo, la revocación. Como se ha señalado en las consideraciones anteriores, **los criterios del artículo 40 están íntimamente vinculados con la motivación y la debida argumentación que debe realizar el Superintendente para escoger una sanción en detrimento de otra.** Es decir, lo que se espera de su fundamentación es que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión, de forma tal que se pueda determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta y de qué forma la motivación de la decisión la explica.

(...) Por su parte, la fundamentación de una sanción mayor, como sería la multa, debiese explicar no sólo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción sino que, además, **debería razonar por qué -a la luz de tan gravísimos antecedentes- se descarta la imposición de la revocación**⁸⁷.

“Considerando Centésimo sexagésimo tercero: Que este Tribunal, a lo largo del proceso de reclamación, **ha podido corroborar que la Compañía ha**

⁸⁷ Considerando Centésimo decimoséptimo de la sentencia dictada en causa Rol R-06-2013.

tenido, en general, un comportamiento habitual de incumplimiento a la normativa ambiental. Ahora bien, en el caso particular de la Resolución Exenta N° 107 y del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de 29 de enero de 2013, el comportamiento displicente de la Compañía respecto a los requerimientos de la autoridad fiscalizadora han sido evidentes”.

En términos similares, la Iltrma. Corte de Apelaciones de Copiapó en la causa Rol 300-2012 también se pronunció respecto a la conducta de CMN en relación con el cumplimiento de la normativa ambiental, dejando constancia que:

“Esto importa a juicio de esta Corte, **una actitud reiterada y contumaz por parte de la empresa recurrida, por cuanto permanentemente no entrega información en tiempo y forma, obstaculizando la corroboración de los antecedentes que se le requieren y con ello infringiendo la RCA.** En efecto, en dicho proceso sancionatorio estimó la Comisión de Evaluación Ambiental que la empresa Nevada SpA no ha implementado correctamente las acciones tendientes a mitigar y controlar el material particulado, lo que per se instituye en una amenaza a los recursos hídricos del lugar, según preceptúa la RCA, ello no obstante comprobarse en aquel proceso incumplimientos graves al Plan de Monitoreo de Glaciares, siendo estas obligaciones aplicables en todo el desarrollo del proyecto, según prescribe la RCA, **por lo que estas faltas constituyen una evidente, actual y manifiesta amenaza a los recursos naturales en cuestión, máxime si se tiene en consideración -lo dicho previamente-, en cuanto la titular del proyecto minero no proporciona la información requerida con lo que se erige un manto de dudas en relación a la seriedad y compromiso de la misma con la norma ambiental que gobierna y coacciona su actuar**”.

A mayor abundamiento, existen a lo menos seis procesos sancionatorios que han tenido lugar en contra de CMN y que han significado un total –en términos de sanciones- de 4.950 Unidades Tributarias Mensuales, las que se desglosan de la siguiente manera:

Proyecto	Resolución	Organismo	Sancción
"Pascua Lama" y "Modificaciones al Proyecto Pascua Lama"	Res. Ex. N° 85, de 27 de abril de 2007.	Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama.	300 UTM
"Modificaciones al Proyecto Pascua Lama"	Res. Ex. N° 22, de 1 de febrero de 2011.	Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.	300 UTM
"Modificaciones al Proyecto Pascua Lama"	Res. Ex. N° 65, de 19 de marzo de 2013.	Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.	300 UTM
"Modificaciones al Proyecto"	Res. Ex. N° 46, de 25 de febrero de 2013.	Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.	2.550 UTM

"Pascua Lama" y "Modificaciones al Proyecto Pascua Lama"	Res. Ex. N° 47, de 25 de febrero de 2013.	Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.	500 UTM
"Pascua Lama" y "Modificaciones al Proyecto Pascua Lama"	Res. Ex. N° 87, de 5 de abril de 2013.	Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.	1000 UTM

A ello, se suman también distintas fiscalizaciones que dan cuenta de un incumplimiento persistente de los compromisos ambientales contraídos, tales como:

- A) Procedimiento sancionatorio iniciado a requerimiento de la Dirección General de Aguas (en adelante "D.G.A"), mediante Ord. N°434, de fecha 9 de julio del 2012.
- B) Procedimiento sancionatorio iniciado a requerimiento de la D.G.A, mediante los Ord. N°451 de fecha 18 de julio del 2012 y Ord. N°499 de fecha 7 de agosto del 2012, que complementan el Ord. N°434, de fecha 9 de julio del 2012⁸⁸.
- C) Procedimiento sancionatorio iniciado a requerimiento del Servicio Nacional de Geología y Minería, mediante Resolución Exenta N° 3765 del 31 de octubre del 2012.

⁸⁸ En relación a los dos primeros procedimientos sancionatorios citados, cabe señalar que estos han tenido lugar en relación a incumplimientos caracterizados por: a) Incumplimiento en la ejecución del Plan de Monitoreo de los Glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza; y b) Reiteradas omisiones, errores y fallas en la ejecución del Plan de Monitoreo de los citados Glaciares; c) No haberse activado los planes de comunicación comprometidos en el Plan de Monitoreo de Glaciares; d) El desfase en la entrega de informes de incluso más cinco meses; e) Incumplimientos reiterados en la implementación de medidas de mitigación y control de material particulado; f) La inejecución del Estudio del Rol Hídrico de los Glaciares para los glaciares Guanaco y Ortigas 1, comprometidos en el Plan de Monitoreo de Glaciares, pese a que este fue solicitado por la D.G.A al informe Anual, año Hidrológico 2009-2010.

Incluso, debido a nuevos incumplimientos en que incurrió CMN en relación al proyecto Pascua Lama y que quedaron en evidencia en los procesos de fiscalización realizados en los meses de diciembre de 2014, y 22 de abril del año en curso, la SMA formuló nuevamente cargos en contra de CMN por más de 10 infracciones, entre las que destacan la intervención indebida de más de 13 hectáreas de la especie Azorella Madreporica, y más de 2 hectáreas de vegas andinas; la constatación de excedencias de la calidad de las aguas en la planta de tratamiento de las aguas ácidas de contacto; y el incumplimiento del plan de monitoreo de los glaciares, entre otras, calificando una de dichas infracciones como gravísimas, 2 de ellas como graves y las demás como leves.

En otras palabras, no se vislumbra actitud alguna que acredite de manera efectiva la intención de CMN de hacerse cargo de los distintos incumplimientos que le han sido imputados y de cumplir las órdenes emanadas que le han sido impartidas por entidades administrativas y judiciales, sino que se siguen constatando nuevas –y reiteradas– infracciones, algunas de ellas calificadas de gravísimas, todo lo cual deberá tenerse en cuenta como una agravante a las sanciones a imponer a la empresa infractora.

6. La no presentación de un plan de cumplimiento ambiental

Como fue señalado al evacuar el traslado a la reapertura de este procedimiento, CMN no presentó durante todo el proceso sancionatorio seguido ante SMA ningún plan de cumplimiento para enmendar el verdadero caos ambiental causado.

Así, CMN no sólo mostró total indiferencia frente a las exigencias que impone un programa de cumplimiento, sino que más grave aún, pretendió sustraerse del ámbito de dicho plan, omitiendo su presentación, pero a la vez allanándose a los cargos presentados en su contra y solicitando en el primer y segundo otrosíes de su presentación, un verdadero plan de cumplimiento alternativo por la vía de que se le autorizara a realizar una serie de obras inconclusas de la RCA “con el objeto de reestablecer el cumplimiento de lo dispuesto en el proceso de evaluación ambiental”⁸⁹.

Esas obras inconclusas siguen en la actualidad pendientes, sin que se vea un posible cambio a corto plazo en esta situación, vislumbrándose más bien una situación de incertidumbre al amparo de la aprobación de un plan de cierre

⁸⁹ Página 18, Letra A., del primer otrosí del escrito de CMN.

temporal, en el que por lo demás no queda claro cómo se ha asegurado la estabilidad físico-química del lugar donde se desarrolla el Proyecto, y de distintas informaciones publicadas en los medios de comunicación que dan cuenta de una desinversión masiva de Barrick en varios de sus proyectos.

6. Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

De manera preliminar cabe reiterar que, tal como lo han señalado el STA y la Iltrma. Corte de Apelaciones de Copiapó, la conducta de CMN es contumaz respecto de los incumplimientos ambientales, razón por la que resulta impensable aplicar hoy en día, como una especie de atenuante o consideración a favor de su posición, la cooperación eficaz de CMN en el procedimiento, tal como se hizo en la Resolución Exenta N°477.

Al respecto, lo único que se encuentra debidamente acreditado en este procedimiento es (i) la negativa de CMN a entregar información o facilitar las actividades de fiscalización de la SMA; (ii) la entrega de información falsa a las autoridades, como ocurrió en el caso de este Proyecto en que se informó a las autoridades que varias obras civiles de Pascua Lama se encontraban terminadas, sin que ello fuese efectivo; y (iii) el que hasta la fecha los hechos infraccionales materia de este procedimiento y de aquel Rol D-11-2015 siguen sin solución.

En ningún caso la autodenuncia que formuló CMN y que fue rechazada fundadamente por la SMA, por carecer de los requisitos señalados en la ley para su procedencia, podría ser considerada como una atenuante en la determinación de las sanciones respectivas, pues la referida autodenuncia no buscaba sino profitar de los incumplimientos ambientales en cuestión –informando de apenas 3 de los más de 10 hechos constitutivos de cargos-, sin dar cuenta de manera suficiente de los incumplimientos incurridos y su magnitud, lo que sólo se pudo determinar mediante las labores e informes de fiscalización emitidos por esta SMA.

En lo sucesivo nos referiremos a otras circunstancias que deberán ser igualmente consideradas por esta Superintendencia al momento de determinar las circunstancias agravantes de las sanciones a imponer en este procedimiento.

a) La cantidad de normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA y en la Resolución. N° 107 que fueron infringidas:

Como bien señaló esta SMA al dictar la Resolución N°477, CMN ha demostrado un comportamiento generalizado de desidia a la hora de cumplir los compromisos adquiridos. Así:

“A mayor abundamiento, las infracciones de Compañía Minera Nevada SpA, al menos, hacen presumir que la inobservancia de los compromisos adquiridos, a través de las distintas resoluciones de calificaciones ambiental, es generalizada dentro de las prácticas del regulado, haciéndose necesaria la imposición de una sanción mayor en razón a los elementos correctivos y disuasivos que tales sanciones implican.

De los antecedentes es posible establecer que la Compañía Minera Nevada SpA ha infringido un total de 5 instrumentos sobre los que la Superintendencia del Medio Ambiente tiene competencia para conocer y sancionar sus infracciones. Asimismo, es necesario señalar que dentro de las infracciones detectadas a la Resolución Exenta N° 24, que califica ambientalmente el proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, es posible contar el incumplimiento de, al menos, diez medidas, normas y condiciones contenidas en los considerandos 4.3.1.a.1, 4.3.2.i, 4.2.d.2, 4.5.2.a, 4.5.2.b, 9.8, 7.a.1, 5.1.b, 9.17 de la RCA, y lo dispuesto en el Anexo II-M Plan de Manejo de Aguas Parte Superior de la Cuenca del Río Estrecho de la Adenda N° 2, Apéndice N°1, diseño hidráulico, punto 2.4.4; y Anexo II-M Plan de Manejo de Aguas Parte Superior de la Cuenca del Río Estrecho de la Adenda N° 2, punto 3.1: “Estrategia de manejo de aguas”. Por otra parte, los incumplimientos a la Resolución 107 que adoptó diversas medidas provisionales, también hace aplicable el concurso infraccional antes referido”.

Lo señalado –y que sigue vigente con posterioridad a la reapertura del procedimiento- reviste particular importancia en cuanto a la apreciación de las sanciones a imponer finalmente a CMN con motivo de este procedimiento, pues como ya ha sido señalado por esta entidad sancionadora, se cuentan al menos 10 medidas, normas y condiciones infringidas en relación a la RCA, más múltiples infracciones a la Resolución N°107, infracciones que han sido debidamente acreditadas, además de independientes unas de otras fáctica como jurídicamente, y que dan cuenta de la magnitud y gravedad de los hechos y omisiones que son responsabilidad de CMN por su Proyecto Pascua Lama.

En consecuencia, es manifiesto que existiendo un incumplimiento generalizado por parte de CMN no queda más que imponer las sanciones que en conformidad al

artículo 38 de la LOSMA, corresponde en los casos de mayor entidad, cantidad y gravedad de incumplimientos e infracciones.

b) La apertura de un nuevo proceso de sanción por más de 10 nuevos incumplimientos a la RCA

Tal como referimos anteriormente, conjuntamente con la reapertura de este procedimiento sancionatorio, se formularon nuevos cargos en contra de CMN en que se le imputan 10 nuevas infracciones, las que se refieren a las obligaciones de monitoreo de los glaciares, la contaminación de las aguas y la afectación de la flora silvestre, entre otras, calificando una de dichas infracciones como gravísimas, 2 de ellas como graves y las demás como leves.

Los hechos en sustancia, son los mismos de siempre: ocultación de información sensible, no realización de mediciones de factores críticos, la excedencia y contaminación de cursos de agua, la contaminación de los glaciares, etc.

Es decir, nuevamente se confirma que CMN –en base a fiscalizaciones de esta SMA y a denuncias de particulares afectados- tiene graves problemas que no ha solucionado y que le impiden operar y convivir con las demás actividades existentes a su alrededor, incurriendo en nuevas infracciones y sin que haya regularizado ni solucionado aquellas que han motivado otros procedimientos en su contra.

Esta circunstancia deberá considerarse como agravante al momento de calificar las sanciones a imponer a CMN, como consecuencia de la no implementación ni adopción de las medidas necesarias para evitar hechos de contaminación que afecten a la comunidad, y que ha redundado en nuevas formulaciones de cargos en su contra.

c) El incumplimiento del Protocolo suscrito con la Junta de Vigilancia del Valle del Río Huasco

Este Protocolo se refiere a los fondos que se habían comprometido por Barrick a promover la agricultura, los que han sido utilizados muchas veces en actividades completamente distintas a las previstas. Se trata de un compromiso adquirido por Barrick para con la Junta de Vigilancia del Río Huasco, el que se encuentra incorporado a la RCA del Proyecto⁹⁰. En consecuencia, nos encontramos ante un

⁹⁰ Considerando 3.100 de la RCA.

hecho sumamente grave, pues la contribución que CMN ha realizado —y de paso anunciado profusamente en la prensa- no ha sido tal, y presenta una serie de problemas adicionales que se acreditarán en la oportunidad y sede que corresponda.

Como obligación incorporada en la RCA, este Protocolo debió cumplirse y respetarse estrictamente, pues de lo contrario, se erige como un nuevo incumplimiento de la RCA.

d) Afectación de los derechos de agua de terceros

Con fecha 12 de marzo del presente la D.G.A, mediante la Resolución Exenta N°159 tuvo por acoger la denuncia presentada por la Junta de Vigilancia del Río Huasco y sus afluentes en contra de CMN, asociado al expediente de fiscalización denominado FD0303-02.

En particular, la denunciante señala que la referida compañía ha efectuado extracciones de aguas superficiales en el río Estrecho, mayor a los caudales establecidos en los compromisos ambientales contemplados en el proyecto denominado Modificaciones de Proyecto Pascua Lama. Conforme a la resolución en comento, ha sido dicha Dirección la que ha comprobado por medio de fotografías acompañadas por los denunciantes que las aguas captadas sin autorización por CMN se habrían acumulado en dos piscinas emplazadas en las zonas de operación minera.

Posteriormente, con fecha 30 de enero de 2013, la D.G.A procedió a realizar una visita inspectiva en la faena minera de CMN. En ella, pudo comprobarse por información entregada por los funcionarios de dicha empresa que el agua acumulada se mantenía en una piscina de acumulación de agua de contacto y que la razón de ello se debía a los deshielos significativos producidos durante fines del año 2012 y principios del 2013 (letra s) de la citada resolución), eventos desencadenadores del procedimiento sancionatorio seguido ante la SMA. Asimismo, se constató que al momento de la inspección las aguas de contacto asociadas al citado proyecto eran descargadas en su totalidad al cauce natural del río Estrecho.

Finalmente, la D.G.A resolvió acoger la denuncia presentada contra CMN, por cuanto se constató una extracción no autorizada de aguas superficiales desde el

río Estrecho, en la subcuenca del río Chollay, en la comuna de Alto del Carmen, consistente en la extracción de un caudal superior al caudal autorizado mediante la Resolución Exenta N° 733, del 11 de septiembre de 2009 y la Resolución Exenta N° 2.718, del 5 de septiembre de 2011, constituyendo dicha acción, a juicio de la D.G.A una contravención a las disposiciones del Código de Aguas.

e) Vulneración del compromiso asumido en el punto 3.53 de la RCA N°24/2006

Frente a la observación ciudadana contenida en la RCA N°24/2006, punto 3.53, que consulta "*¿La empresa haría abandono de las operaciones si la calidad de las aguas no se cumple?*", CMN expresó su voluntad de suspender el proyecto Pascua Lama, aún si este se encuentra en etapa de operación, en el caso que se detecte contaminación en las aguas del valle del río Estrecho o Chollay, si dicha contaminación tiene su origen en citado proyecto.

Sin embargo, constándose excedencias en los parámetros de calidad de las aguas CMN prefirió tratar de modificar la metodología de cálculo de las excedencias en las aguas y así no tener que gatillar los planes de respuesta comprometidos en la RCA, actuación que ha aludido como defensa reiteradamente en este procedimiento.

En efecto, CMN se ha escudado en el hecho de que la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental a través de pronunciamiento N° 120941 de fecha 7 de junio del año 2012, habría autorizado a ésta a usar mecanismos de medición más permisivos que los contemplados en la RCA. Esta afirmación de la infractora es del todo falsa, por cuanto dicha Dirección se limitó únicamente a señalar que la solicitud planteada por Minera Nevada, en cuanto a modificar el método de cálculo de los niveles de alerta NA-0 y NA-1, no era de aquellas que debiesen comprender una modificación a la RCA. Asimismo, omitió pronunciarse respecto a modificar los márgenes de variación propuestos para la NA-1 y para la NA-0, así como tampoco se pronunció respecto a modificar el método de verificación de las concentraciones altas extremas y las medidas establecidas en los planes de acción asociados a las situaciones de preemergencia y emergencia.

Por lo demás, la propuesta de la infractora resulta del todo contra intuitiva respecto al verdadero fin de las metodologías de cálculo de estos parámetros, que atienden a una finalidad protectora de la calidad de las aguas y de la salud de la población,

mientras que CMN ha buscado un “relajo” de los mismos, presentando una nueva metodología bastante más permisiva.

Este incumplimiento amerita también que se agraven las sanciones a imponer a CMN.

f) Violación de los compromisos asumidos con la comunidad agrícola y los habitantes de la comuna de Alto del Carmen

Frente a la observación ciudadana contenida en la RCA, punto 3.100, que versa *“El cambio cultural significará pasar de una comunidad agrícola a una minera, por ello falta un estudio de la relación del uso de terrenos comunitarios y la actividad minera”*, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama afirmó que en la ejecución del proyecto no existiría un eventual impacto sobre la agricultura, en especial, sobre la agroindustria. Bajo este prisma, es manifiesto que CMN ha violado, nuevamente, los compromisos adoptados en aras de no afectar a la comunidad agricultora emplazada en zonas colindantes a la faena minera.

Con el depósito de aguas contaminadas al Río Estrecho, así como también con la apropiación indebida de los derechos de aguas de terceros, se ha provocado un perjuicio de gravísimas consecuencias en los agricultores de la zona de Alto del Carmen.

No sólo puede estimarse dicho perjuicio en consideración al daño emergente y lucro cesante que de hecho se ha producido, sino se extienden a la afectación de la confianza de los agricultores de la zona y a la sensación de vulnerabilidad que ha conllevado el actuar negligente de la infractora.

g) Afectación de la imagen y prestigio de los productos agrícolas provenientes de la comuna de Alto del Carmen

Frente a la observación ciudadana contenida en el punto 3.105 de la RCA, que indica *“La contaminación producto de la minería afectará la imagen de la calidad de los productos de la cuenca, la cual es reconocida a nivel mundial, existiendo pérdidas, por ejemplo, en la exportación de fruta, en el valor de los predios, etc.”*, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama respondió que los cambios incorporados al proyecto contemplan un rediseño de la mina, del almacenamiento del agua, sistemas de tratamientos de aguas provenientes del

proceso minero y del manejo de los glaciares. Toda esta infraestructura se contempla en razón de minimizar los potenciales efectos sobre la calidad y cantidad del agua que es usada para consumo y actividades económicas.

No obstante lo anterior, los agricultores –y entre ellos nuestras representadas- visto directamente afectados por las actividades mineras desarrolladas por CMN, las que han ocasionado diversos episodios de contaminación, como por ejemplo la descarga de aguas contaminadas al río El Estrecho⁹¹, contaminando las aguas que sirven tales predios, y afectando directamente las cosechas de uva de mesa y los sistemas de riego por goteo. Esta situación se ha reiterado en el tiempo, dando origen al procedimiento sancionatorio Rol D-011-2015, por excedencias en los niveles máximos de componentes autorizados en las aguas durante el año 2015.

Para esta parte, productora de uva de mesa de exportación, la cobertura mediática que han tenido las innumerables infracciones cometidas por CMN ha conllevado y conllevará, consecuencias directas en la imagen y prestigio nacional e internacional que recae sobre nuestros productos, toda vez que la afectación y contaminación de las aguas de los ríos y afluentes del valle del Huasco es un hecho público y notorio que desacredita el proceso de producción agrícola que implementamos en nuestras cosechas.

VII.

Antecedentes que justifican la revocación de la RCA del Proyecto Pascua Lama

A lo largo de esta presentación nos hemos referido a una serie de antecedentes que acreditan de forma indubitada las infracciones imputadas (y reconocidas) por CMN en este procedimiento sancionatorio.

Junto a ello, se han constatado nuevos episodios de contaminación, como los indicados en el procedimiento sancionatorio Rol D-011-2015; el empleo de medidas oblicuas para mantenerse en estado de incumplimiento y beneficiarse de ello, como es el caso de la modificación unilateral de las metodologías de cálculo de la calidad de las aguas, o el aludir a la falta de información respecto a ciertos cargos cuando la recopilación de dicha información le correspondía precisamente a ella, que incumplió con tal deber; el presentar un plan de cierre temporal que extienda de

⁹¹ Tal es el caso de las descargas que tuvieron lugar en los meses de diciembre de 2012 y enero de 2013, lo que originó la denuncia de esta parte ante la SMA y que es materia de este procedimiento sancionatorio.

manera indefinida en el tiempo el estado actual del Proyecto, sin que se adopten soluciones reales respecto de las infracciones que han sido investigadas por esta SMA, entre otras.

Por su parte, la SMA ya calificó como gravísima la infracción consistente en la afectación de las vegas andinas, constatando la existencia de daño ambiental. Esta sanción ya no puede ser modificada en su gravedad por parte de la SMA. Asimismo, el STA ordenó sancionar y calificar en forma separada las restantes 13 infracciones a la RCA, de las cuales, al menos 11 deben ser catalogadas como infracciones gravísimas⁹².

Todas estas infracciones en que incurrió CMN son de la mayor gravedad, por cuanto no sólo manifiestan un absoluto desdén e irrespeto por la legislación medioambiental vigente, sino que además, porque de no ocurrir los eventos que desencadenaron los escenarios de contaminación de los meses de diciembre de 2012 y enero de 2013, jamás se habría tenido conocimiento de los incumplimientos a la legislación ambiental como al respectivo instrumento de gestión ambiental por parte de CMN.

Ello se condice a su vez con el hecho de que la infractora en múltiples ocasiones envió información falsa o incorrecta a la autoridad, por la vía de señalar que se estaba cumpliendo con las regulaciones ambientales y sectoriales, y que contaban con todas las obras civiles construidas acorde con la fase del proyecto que se estaba desarrollando. Como se demostró, tales obras no se encontraban construidas ni CMN cumplió con los compromisos contraídos, no sólo a la fecha de formulación de cargos sino que hasta el día de hoy⁹³.

Este cúmulo de infracciones y actuaciones de un cuestionable proceder ameritan que, como sanción a imponer, se aplique la revocación de la RCA; pues **hasta la fecha existen 8 infracciones gravísimas ya constatadas y que no pueden ser modificadas, más eventualmente 11 más, por las infracciones a la RCA,** de acuerdo al análisis que hemos efectuado con anterioridad⁹⁴. Si este número de infracciones gravísimas no es suficiente para revocar la RCA de Pascua Lama,

⁹² De igual forma, el STA aceptó la recalificación de las infracciones solicitada por esta parte respecto de todas y cada una de las infracciones a la Resolución N° 107, señalando que deber ser sancionadas como infracciones gravísimas.

⁹³ Nos remitimos a lo expuesto sobre este punto al tratar la intencionalidad como criterio para determinar la sanción.

⁹⁴ Véase al respecto las páginas 11 y siguientes del escrito "evacúa traslado" presentado por esta parte, con fecha 18 de mayo de 2015.

sencillamente significa que nada puede hacerlo, sobre todo luego de haberse determinado la existencia de daño ambiental por la afectación de las vegas andinas, y ya determinada la afectación de las aguas.

Así, la única sanción posible que respete la congruencia y proporcionalidad con los cargos formulados, acreditados y reconocidos en el procedimiento sancionatorio seguido ante la SMA, y con la conducta manifestada por CMN en la ejecución de su proyecto es aquella contemplada en la letra d) del artículo 38 de la LO-SMA consistente en la Revocación de la RCA.

Por lo demás, así lo sugirió el STA en distintos pasajes de su sentencia:

"Considerando Centésimo Decimoséptimo: Es decir, lo que se espera de su fundamentación es que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión, de forma tal que se pueda determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta y de qué forma la motivación de la decisión la explica. Así, por ejemplo, si tenemos un infractor con una conducta anterior contumaz, que presenta un alto nivel de incumplimiento que sólo confirma su falta de compromiso con la normativa ambiental y que incurre en reiteradas infracciones graves o gravísimas, sería desproporcionado imponerle como sanción una amonestación. Por su parte, la fundamentación de una sanción mayor, como sería la multa, debiese explicar no sólo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción sino que, además, debería razonar por qué -a la luz de tan gravísimos antecedentes- se descarta la imposición de la revocación".

"Considerando Centésimo Decimooctavo: El desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA para elegir alguna de las sanciones contenidas en el artículo 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a señalar -como fue en este caso y respecto de todos los otros criterios del citado artículo 40- que la conducta anterior será considerada una agravante sin más, omitiendo razonar respecto de lo más importante, que es precisar cómo se trasunta ese efecto agravante, o lo que es mejor, cómo la conducta anterior influye en el Superintendente para imponer una multa de un determinado monto y no la revocación de la RCA".

Finalmente, para el más que improbable caso que la SMA no revoque la RCA de Pascua Lama, se deberá aplicar a CMN una multa de al menos 10.000 UTA por cada incumplimiento gravísimo, y 5.000 UTA de existir alguna infracción grave. **De**

esta forma, y considerando sólo las multas por las infracciones a la RCA, se tendrían que aplicar 130.000 UTA, más una multa de 5.000 UTA, es decir, 135.000 UTA.

A esta suma, hay que agregar las 6 infracciones gravísimas a las medidas provisionales, **que suman 60.000 UTA** más, y también las demás infracciones sancionadas en la Resolución Exenta N°477 y que no fueron modificadas por la sentencia del STA.

Sin perjuicio de lo anterior, insistimos Señor Superintendente que la sanción apropiada a una empresa como esta, en mérito de todo lo expuesto, debe necesariamente ser la revocación de la RCA, con las consecuencias que ello implica. Suficientes oportunidades se le han dado a CMN para enmendar el daño causado, sin que se haya verificado un mínimo cambio en su conducta. Mientras tanto, la población aledaña al área de influencia del Proyecto sigue cargando con la externalidades negativas de esta situación, sin recibir solución alguna.

* * * * *

POR TANTO,

Al Señor Superintendente del Medio Ambiente respetuosamente pedimos: tener presente las consideraciones expuestas, al momento de dictar la resolución de término de este procedimiento sancionatorio.

OTROSÍ: Acompañamos el informe en derecho titulado "Sobre la conformidad técnica y legal, desde la perspectiva de los recursos hídricos, del proyecto denominado "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", calificado ambientalmente favorable mediante RCA COREMA Atacama N°24/2006", emitido por el estudio H₂O Abogados.

El informe referido analiza las tres áreas más sensibles del Proyecto Pascua Lama, asociadas a su Sistema de Manejo de Aguas, al Impacto sobre los Glaciares, y al Procedimiento de Revisión de la RCA del Proyecto (artículo 25 quinquies de la Ley

Nº19.300), mediante el cual se ha acordado modificar aspectos referidos a la línea de base de calidad de aguas.

En este análisis queda en evidencia que, sin perjuicio de las fiscalizaciones llevadas a cabo, el procedimiento de revisión de la RCA del Proyecto y la construcción de obras de ingeniería vinculadas al Plan de Manejo de Aguas, no se ajustarían a la normativa vigente, lo que resulta del todo relevante en este procedimiento sancionatorio, dadas las alegaciones vertidas por CMN al respecto.

Así, por ejemplo, en relación con el Sistema de Manejo de Aguas se señalan los siguientes hallazgos:

“1. En relación a la Resolución DGA III Nº 163, de 20 de marzo de 2008, mediante la cual se aprobó sectorialmente la construcción del Sistema de Manejo de Aguas, se estableció como caudal de diseño del Canal Perimetral Norte, en su parte superior, el de 1.050 l/s, caudal que a todas luces fue sobrepasado varias veces durante el evento de colapso, y que en definitiva fue subestimado por la empresa durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto y en la presentación misma del correspondiente permiso sectorial ante la DGA, en relación con un estudio acabado de la cuenca hidrológica aportante.

Dentro de aquel orden de ideas, consideramos que al momento en que un nuevo proyecto de ingeniería sea efectivamente presentado, se deberá revisar por parte de la DGA, si realmente la obras necesarias y suficientes se deben encontrar capacitadas para conducir un caudal superior a los 2.000 l/s, situación en que se configura la hipótesis del artículo 294 del Código de Aguas y del artículo 10 letra a) de la Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, obligando el ingreso de aquellas obras al SEIA.

2. La Resolución DGA III Nº 163, de 20 de marzo de 2008, tramitada en expediente código administrativo VP-0303-57, no se dictó en base a la correspondiente elaboración de un Informe Técnico según lo ordena el inciso 2º del artículo 134 del Código de Aguas, ni tampoco con la aprobación ni revisión alguna por parte de la Dirección de Obras Hidráulicas, en conformidad a lo dispuesto en artículo 171 inciso 2º de la misma codificación.

3. La construcción de las obras provisorias asociadas al Canal Perimetral Norte del Sistema de Aguas de No Contacto no han contado de manera previa con la autorización y conocimiento del Directorio de la Junta de Vigilancia del río Huasco y sus Afluentes, de conformidad con el artículo 263 inciso 1º del Código de Aguas.

4. El Sistema de Manejo de Aguas, de No Contacto debería ser sometido nuevamente al SEIA en atención a que los eventos de colapso que han tenido

lugar en el Canal Perimetral Norte, representan una subestimación del cálculo hidrológico de la cuenca intervenida y del rol hídrico de los Glaciares.

5. En relación con la "Batería de pozos de bombeo operacionales", asociados al Sistema de Aguas de Contacto, aquellos **no cuentan con los respectivos derechos de aprovechamiento de aguas** que permitan alumbrar el recurso y menos justificar su recirculación a través del sistema de impulsión y conducción para satisfacer los consumos de agua industrial de las operaciones de la mina.

6. En relación a la obras que son parte del tratamiento de las aguas, y que dicen relación con su transporte posterior, aquellas no fueron declaradas durante el proceso de evaluación del proyecto a través del correspondiente PAS, y sólo ingresaron derechamente a aprobación sectorial, y no ambiental, con fecha 23 de julio de 2013, ante la DGA Región de Atacama, bajo el expediente administrativo código VP-0303-92, cuestión que ha sido observada por aquel Servicio"⁹⁵.

Por su parte, en cuanto al procedimiento de revisión de la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de las aguas en conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, los informantes refieren –en síntesis- lo siguiente:

"1. La DGA, subraya la ilegalidad de una de las obras más emblemáticas del Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto: La denominada Cámara de Captación y Restitución (CCR).

2. La DGA permanentemente deja entrever a través de sus pronunciamientos que, el procedimiento de revisión de la RCA del proyecto asociado a calidad de aguas, cuya inspiración se entendía era establecer parámetros más conservadores y rigurosos en términos del comportamiento de la componente, **ha sido utilizado en cambio por el Titular como una oportunidad para otorgarle mayor flexibilidad a la hora de establecer los niveles de alerta y consagrar un estándar de calidad peor que el observado históricamente.**

3. **Mediante su Ord N° 457 de 7 de agosto de 2015, la DGA observa aspectos tales como la falta de información para los efectos de determinar la línea de base de calidad de aguas, la debilidad de la información entregada, la no fundamentación adecuada de los parámetros monitoreados, y la falta de argumentación en torno a la determinación de los caudales contactados,** susceptibles de ser remediados, junto con los derechos de aprovechamiento asociados a la operación de la remediación.

4. Asimismo, mediante el Ord precitado la DGA manifiesta que "*El Titular omite la predicción y evaluación ambiental del impacto que los mayores*

⁹⁵ Página 18 del Informe.

aprovechamientos de recurso hídrico serían susceptibles de generar, asunto absolutamente fundamental en el marco de este proceso de revisión”, manifestando que la componente disponibilidad de aguas debe ser nuevamente evaluada ambientalmente.

5. Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante la cantidad y magnitud de las observaciones planteadas por la DGA dentro del procedimiento de revisión de la RCA, asociada a aspectos de fondo tales como la falta de información para los efectos de establecer la línea de base de calidad de aguas, y la ausencia de justificación en la configuración de los umbrales de activación de las medidas que se hacen cargo de componente hidroquímica, junto con la no debida acreditación de la efectividad de las mismas, el Servicio de Evaluación Ambiental ha prescindido del contenido del Ord DGA N° 457 de 7 de agosto de 2015, citando a la Comisión Regional de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, con fecha 9 de marzo de 2016, sesión en la cual se aprobó la propuesta de modificación de línea base de calidad de aguas propuesta por el Titular.

6. Asimismo, **no existe conocimiento que se haya llevado a cabo el proceso de Consulta Indígena contemplado en el artículo 85 del RSEIA y en el párrafo IV del Ord SEA. N° 150584, de 25 de marzo de 2015**, que “Imparte instrucciones en relación al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 y al artículo 74 del D.S. N° 40/2012, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”⁹⁶.

Estas circunstancias deberán ser consideradas por la SMA y contrastadas con las afirmaciones que al respecto haya vertido CMN en este procedimiento, aludiendo a una supuesta “regularización” de su situación ambiental, la que, como queda al descubierto, adolece de los (serios) defectos indicados y que se tratan con mayor detalle a lo largo del informe acompañado en este acto.

Sírvase el Señor Superintendente del Medio Ambiente: tener por acompañado el informe en derecho individualizado.

⁹⁶ Página 47 del Informe.

INFORME

“SOBRE LA CONFORMIDAD TÉCNICA Y LEGAL,
DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS RECURSOS
HÍDRICOS, DEL PROYECTO DENOMINADO
“MODIFICACIONES PROYECTO PASCUA LAMA”,
CALIFICADO AMBIENTALMENTE FAVORABLE
MEDIANTE RCA COREMA ATACAMA N° 24/ 2006”

26 de abril de 2016

INFORME

MATERIA : Sobre la conformidad técnica y legal desde la perspectiva de los recursos hídricos, del proyecto denominado "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", calificado ambientalmente favorable mediante RCA COREMA Atacama N° 24/ 2006.

FECHA : 26 de abril de 2016.

Abreviaturas

DGA	:	Dirección General de Aguas
RCA	:	Resolución de Calificación Ambiental
RSEIA	:	Reglamento del SEIA.
SEIA	:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA	:	Superintendencia de Medio Ambiente

I. Introducción.

El presente Informe tiene como objeto analizar la conformidad técnica y legal, desde la perspectiva de los recursos hídricos, del proyecto denominado "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", calificado ambientalmente favorable mediante RCA COREMA Atacama N° 24/2006.

Dentro de aquel orden de ideas, nuestro análisis se enfocará en las tres áreas más sensibles del Proyecto en estudio, asociadas a su Sistema de Manejo de Aguas, Impactos sobre los Glaciares, y el Procedimiento de Revisión de la RCA del Proyecto (Artículo 25 quinquies, de la Ley N° 19.300, de Bases de Medio Ambiente), mediante el cual, recientemente se ha acordado modificar aspectos relativos a su línea de base de calidad de aguas, esto último vinculado de manera estrecha, y prácticamente representando un efecto administrativo directo, del evento de colapso del Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto, ocurrido a fines del año 2012 y principios de 2013.

En relación con la contingencia precitada, como es de conocimiento público y notorio, la SMA inició un proceso de sanción en contra del titular del Proyecto de marras, razón por la cual el Informe subrayará que, sin perjuicio de la fiscalización llevada a cabo por aquel Organismo, existe evidencia que el procedimiento de revisión de la RCA del Proyecto y la construcción de obras de ingeniería vinculadas al Plan de Manejo de Aguas, no se ajustarían a la normativa vigente, cuestiones que tienen directa relación con los diversos procesos sancionatorios y de seguimiento ambiental llevados a cabo por la SMA.

II. Desarrollo.

a) *Sobre el Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto "Modificaciones Proyecto Pascua Lama"*.

Según se establece en el Considerando 4.3.1 letra a) de la RCA COREMA Atacama N° 24/2006, las obras e instalaciones de manejo y tratamiento de los drenajes ácidos del Proyecto, se componen de cuatro sistemas principales:

- 1) Canales de intercepción y desvío de aguas de no contacto alrededor del depósito estéril, para evitar su ingreso a él y su potencial acidificación;
- 2) Zanjas y pozos de captación de los drenajes al pie del depósito de estéril, para recolectar tanto los flujos superficiales como subterráneos que puedan generarse;
- 3) Tubería de conducción y piscinas de almacenamiento de los drenajes recolectados; y
- 4) Planta de tratamiento de los drenajes.

En relación con el Sistema de Manejo de Aguas, nos enfocaremos mayormente en el Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto, puesto que fue dicha variable la que finalmente colapsó y no se comportó según lo esperado, en particular lo que dice relación con su Canal Perimetral Norte, durante la construcción del Proyecto, y que dio origen a una autodenuncia por parte del titular ante la SMA con fecha 22 de enero de 2013.

En relación con el Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto, la RCA del Proyecto señala en su Considerando 4.3.2 letra I.2):

"i.2) Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto

El titular implementará un sistema de canales interceptores perimetrales para la etapa de operaciones; los cuales descargarán finalmente al río del Estrecho aguas abajo del botadero. Los canales norte y sur transportarán el caudal a quebradas naturales que descargan en la parte superior del río del Estrecho.

- ✓ *Canal interceptor perimetral superior norte: se ubicará por encima de las pilas de acopio, en la cabecera de la cuenca del río del Estrecho. Este canal descargará hacia la quebrada Q2, desde la cual se interceptará el flujo a través del canal interceptor perimetral norte inferior.*
- ✓ *Canal interceptor perimetral inferior norte: se ubicará justo por encima del límite de la plataforma del botadero, comenzando a una altura de aprox. 4.800msnm. Este canal descargará en la Quebrada Q9, aguas debajo de la traza final del botadero.*
- ✓ *Canal interceptor perimetral sur: se desarrollará en el borde interno del camino de acceso sur a la mina, este canal tiene dos tramos, que convergerán uniéndose en un punto bajo del camino de acceso sur a la mina, y por medio de una tubería desde este punto bajo se conducirán las aguas a una quebrada tributaria de la Quebrada la Olla. El primer tramo del canal interceptor perimetral sur se ubicará por debajo del rajo.*

Para la etapa de cierre, el canal interceptor perimetral norte inferior se extenderá aprox. 0,9 km. A través del área de las pilas de acopio rehabilitadas y el área del chancador hacia la quebrada Amarillo, ubicada al norte del límite del rajo. El flujo será reestablecido en los sectores de cruces de quebradas. El canal interceptor de agua no contacto sur será reubicado al momento del cierre al lado de la interfase entre la roca estéril y la ladera desde el punto más bajo del límite final del rajo hasta el punto de descarga en el río del Estrecho, aguas abajo del límite final al pie del botadero (para que no infiltre agua de no contacto al botadero)”.

Desde el punto de vista sectorial, la construcción del Canal Perimetral Norte con su obra de descarga en el río del Estrecho aguas abajo del botadero, fue autorizada por la DGA mediante Resolución DGA III N° 163, de 20 de marzo de 2008.

Aquella autorización fue tramitada en conformidad a los artículos 41 y 171 del Código de Aguas, que señalan:

Artículo 41 inciso 1°: “El proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de

las aguas, serán de responsabilidad del interesado y deberán ser aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas de conformidad con el procedimiento establecido en el párrafo 1 del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas determinará mediante resolución fundada cuáles son las obras y características que se encuentran en la situación anterior.” (Lo destacado es nuestro).¹

Artículo 171: *“Las personas naturales o jurídicas que desearan efectuar las modificaciones a que se refiere el artículo 41 de este Código, presentarán los proyectos correspondientes a la Dirección General de Aguas, para su aprobación previa, aplicándose a la presentación el procedimiento previsto en el párrafo 1º de este Título.*

Cuando se trate de obras de regularización o defensa de cauces naturales, los proyectos respectivos deberán contar, además, con la aprobación del Departamento de Obras Fluviales del Ministerio de Obras Públicas. Quedan exceptuados de los trámites y requisitos establecidos en los incisos precedentes, los Servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas, los cuales deberán remitir los proyectos de las obras a la Dirección General de Aguas, para su conocimiento, informe e inclusión en el Catastro Público de Aguas”. (Lo destacado es nuestro).

Desde el punto de vista de los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS), la autorización precitada se encuentra contemplada en el artículo 157 del Decreto N° 40², que Aprueba el RSEIA, el cual señala:

Artículo 157 del RSEIA. *“Permiso para efectuar obras de regularización o defensa de cauces naturales.*

El permiso para efectuar obras de regularización o defensa de cauces naturales, será el establecido en los incisos 1º y 2º del artículo 171 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 1981, del Ministerio de Justicia, Código de Aguas.

¹ En lo que dice relación con las modificaciones de un cauce artificial, estas se tramitarán bajo los requerimientos establecidos en el artículo 41 del Código de Aguas, cuando el caudal de diseño de este sea menor a 2 m³/s. Si el caudal es superior a aquel se deberá cumplir además, con lo dispuesto en el artículo 294 y siguientes del Código de Aguas, cuestión que desarrollaremos más adelante.

² PAS 106 del antiguo RSEIA, D.S. No. 95 de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República.

El requisito para su otorgamiento consiste en no afectar la vida o salud de los habitantes, mediante la no alteración significativa del escurrimiento y de los procesos erosivos naturales del cauce y la no contaminación de las aguas.

Los contenidos técnicos y formales que deben presentarse para acreditar su cumplimiento son los siguientes:

- a) Descripción del lugar de emplazamiento de la obra, incluyendo un croquis de ubicación general de ésta.*
- b) Descripción de la obra y de sus fases.*
- c) Estimación de los plazos y periodos de construcción de las obras.*
- d) Plano topográfico de planta y perfiles, georreferenciado, de la obra y del área susceptible de ser afectada.*
- e) Memoria del cálculo del estudio hidrológico, hidráulico, de arrastre de sedimentos y de socavaciones, para la situación con y sin proyecto, según corresponda.*
- f) Plan de Monitoreo.*
- g) Medidas tendientes a minimizar los efectos sobre la calidad de las aguas, aguas abajo del lugar de construcción de las obras.*
- h) Plan de contingencias.*
- i) Plan de emergencia, si aplica”.*

Como se puede observar, del tenor literal de las normas analizadas, el bien jurídico protegido por este permiso lo constituye la protección de la vida o salud de las personas, producto de los efectos que una obra puede provocar en el libre escurrimiento de las aguas y en la contaminación de las mismas.

Respecto a la Resolución DGA III N° 163, de 20 de marzo de 2008, mediante la cual se aprobó sectorialmente el PAS precitado, asociado al Sistema de Manejo de Aguas del proyecto denominado “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, a la luz de los propios antecedentes presentados por el titular, se establece como caudal de diseño del Canal Perimetral Norte, en su parte superior, el de 1.050 l/s, caudal que a todas luces fue sobrepasado varias veces durante el evento de colapso, y que en definitiva fue subestimado por

la empresa durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto y en la presentación misma del correspondiente permiso sectorial ante la DGA, en relación con un estudio acabado de la cuenca hidrológica aportante.

En relación con lo anterior, es de suma importancia destacar el hecho que la referida Resolución DGA III N° 163 de 2008, mediante la cual se aprobaron una serie de obras asociadas con el Sistema de Manejo de Aguas, tramitadas en expediente código administrativo VP-0303-57, se dictó sin tener como base la correspondiente elaboración de un Informe Técnico según lo ordena el inciso 2° del artículo 134 del Código de Aguas que señala, en relación al procedimiento de tramitación general de solicitudes que se deducen ante aquel Servicio, que *“Reunidos los antecedentes solicitados, la Dirección General de Aguas deberá emitir un informe técnico y dictar resolución fundada que dirima la cuestión sometida a su consideración, en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de 30 días a que se refiere el inciso anterior”*. (Lo destacado es nuestro).

Asimismo, tampoco la autorización de aquellas obras contó con la aprobación ni revisión alguna por parte de la Dirección de Obras Hidráulicas, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 171 inciso 2° del Código de Aguas.

Resulta sorprendente, entonces, que en una solicitud de intervención de cauce mediante la cual se modifica totalmente la cuenca del río del Estrecho, y cuyas obras dicen relación con el Sistema de Manejo de Aguas de uno de los proyectos mineros más sensibles a nivel nacional, no se haya elaborado el correspondiente Informe Técnico para los efectos de la aprobación sectorial de aquellas obras, ni se haya revisado su seguridad por parte de la Dirección de Obras Hidráulicas.

Desde la perspectiva legal aquello conlleva un vicio de nulidad de tal autorización por incumplimiento de los artículos 134 y 171 inciso 2° del Código de Aguas.

Lamentablemente el plazo para los efectos de invalidar tal autorización en sede administrativa ha prescrito en conformidad a lo dispuesto el artículo 53, inciso 1°, de la Ley N° 19.880 de 2003, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Órganos de la Administración del Estado, que señala: *“La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”*.

En atención a lo anterior, el plazo para invalidar aquella autorización en sede administrativa ha caducado con fecha 20 de marzo de 2010.

No obstante aquello, aún queda a salvo la posibilidad de interponer una acción de nulidad de Derecho Público en sede jurisdiccional, la cual a nivel doctrinal mayoritario, es entendida como la sanción de ineficacia jurídica que afecta a los actos de los órganos del Estado, y que presenta su fuente legal en el tenor literal del artículo 7° de la Constitución Política, el cual dispone que la validez de la actuación de los órganos del Estado supone la investidura regular de sus integrantes, que actúen dentro de la competencia y que respeten las formas legales. Dicha norma agrega que nadie podrá atribuirse otra autoridad o derechos, ajenos a los que expresamente la Carta Fundamental o las leyes le confieran. Finalmente señala que el acto que contravenga las disposiciones anteriores es nulo y originará las responsabilidades que la ley señale³.

En virtud de lo anterior, el acto administrativo viciado no se puede sanear, no se puede convalidar ni ratificar, y la acción para impugnarlo no prescribe (solo prescribirían para parte de la Doctrina, las acciones patrimoniales asociadas, tales como las de indemnización de perjuicios).

A mayor abundamiento, existe, al menos, a nivel jurisprudencial claridad acerca de las causales de Nulidad de Derecho Público expresadas en los incisos primero y segundo del artículo 7° de la Constitución Política. Sus supuestos son:

- Actuaciones sin competencia;
- **Actuaciones fuera de la forma legal, o;**
- Actuaciones sin investidura regular del titular.

³ Artículo 7°. *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

En el caso en concreto de la señalada Resolución DGA III N° 163 de 2008, y el vicio de nulidad contenido en ella asociado al incumplimiento de la forma legal⁴ (artículos 134 y 171 del Código de Aguas), en el evento que aquella sea declarada por un tribunal podría implicar la construcción contraria a la normativa técnica y legal de las siguientes obras asociadas al Sistema de Manejo de Aguas:

- 1) Canal Interceptor Perimetral Norte;
- 2) Obras de Arte Canal Perimetral Norte;
- 3) Canal de Entrada Estanque de Sedimentación Norte;
- 4) Estanque de Sedimentación Norte;
- 5) Canal de Salida Estanque de Sedimentación Norte;
- 6) Canal Interceptor Perimetral Sur;
- 7) Obras de Arte Canal Perimetral Sur;
- 8) Canal de Entrada Estanque de Sedimentación Sur;
- 9) Estanque de Sedimentación Sur;
- 10) Canal de Salida Estanque de Sedimentación Sur;
- 11) Zanjas Colectoras de Drenajes de Botadero;
- 12) Zanja Cortafuga;
- 13) Tuberías de Conducción N°2;
- 14) Tuberías de Conducción N°4 y Drenaje Cortafuga;
- 15) Cámaras de Inspección Tubería N° 2; y

⁴ La Corte Suprema ha incorporado en las causales formales de Nulidad de Derecho Público, al motivo o fundamento del acto administrativo. Así en la sentencia de 30 de agosto de 2007 (caso INP con Cuello) afirma que *"por consiguiente, cuando actos de la Administración, como los decretos del ente previsional a que se refiere la controversia de autos, no se han ajustado a la forma prescrita por la ley para su otorgamiento —al haberse prescindido en la especie de la exigencia de un certificado auténtico del COMPIN en que se haga constar la incapacidad física del postulante a la pensión de invalidez— carecen de valor jurídico, lo que puede ser declarado en cualquier momento por el tribunal competente, el cual, al formular tal declaración, se limita a confirmar el mencionado principio de la juridicidad (considerando 16º)"*.

16) Obras de Restitución de Cauce a Río del Estrecho.

En relación con lo anterior, debemos recordar que no obstante la autorización definitiva de estas obras siempre corresponde a la DGA, la SMA ha autorizado, como medida temporal, mediante el acto administrativo de término a través del cual se resolvió en una primera instancia la autodenuncia del titular de fecha 22 de enero de 2013, la construcción de ciertas obras transitorias asociadas con el Canal Perimetral Norte.

A mayor abundamiento, aquel acto administrativo, Resolución Exenta N° 477/2013, en su Resuelvo Segundo, numeral 2, señala:

“2. Construir transitoriamente las obras que se indican a continuación. Incorporar las obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación norte, las cuales podrán operar exclusivamente durante el período necesario para implementar las obras definitivas que permitan cumplir cabalmente las condiciones establecidas en la RCA. El diseño de las obras deberá considerar todos los resguardos necesarios, tanto para prevenir deslizamientos y fenómenos de remoción en masa, así como también para evitar el colapso del sistema temporal de conducción y evacuación de aguas de no contacto, tales como disipadores de energía, cámaras de inspección según el manual de normas y procedimientos de la Dirección General de Aguas, estabilización de cauces y laderas, obras de retención de sedimentos, entre otros.

La medida temporal deberá estar operativa antes del inicio de la temporada de deshielos, por lo que el infractor deberá informar al Superintendente la obra a realizar según los conceptos antes indicados y el plazo que requiere para el cumplimiento de la referida medida, dentro de 10 días contados de la notificación de la presente resolución.”

En consecuencia, existen ciertas obras que se encuentran fuera de la medida temporal y cuya construcción solo se sostendría en un acto administrativo que contiene un vicio de nulidad: Res DGA III N° 163, de 20 de marzo de 2008.

A mayor abundamiento, dichas obras serían, en lo medular, todas aquellas que dicen relación con el Canal Perimetral Sur, Zanjas Colectoras de Drenajes de Botadero, Zanja Cortafuga, Tuberías de Conducción N°2 y Tuberías de Conducción N°4 y Drenaje Cortafuga, todas obras correspondientes al Sistema de Aguas de Contacto.

Dentro de otro orden de ideas se debe señalar, que no obstante la Resolución Exenta N° 477/2013 de la SMA, ordena construir transitoriamente ciertas obras

relacionadas con el Canal Perimetral Norte, aquello debía ajustarse con estricto apego a la Ley, norma jurídica de superior jerarquía que la mencionada Resolución. En este caso, la Ley mediante el artículo 274 N° 4 del Código de Aguas, señala que son atribuciones y deberes de los Directorios de las Juntas de Vigilancia *“Conocer las cuestiones que se susciten sobre construcción o ubicación, dentro del cauce de uso público, de obras provisionales destinadas a dirigir las aguas hacia la bocatoma de los canales. Las obras definitivas requerirán el permiso de la Dirección General de Aguas”*.⁵ (Lo destacado es nuestro)

En virtud de lo anterior, cualquier tipo de construcción de obra provisoria asociada a la canalización de la cuenca del río del Estrecho, debe contar de manera previa con la autorización y conocimiento del Directorio de la Junta de Vigilancia del río Huasco y sus Afluentes, puesto que es aquella Organización de Usuarios de Aguas, constituida legalmente desde el año 2005, la que presenta jurisdicción, de conformidad con el artículo 263 inciso 1° del Código de Aguas, sobre toda la cuenca u hoya hidrográfica del río Huasco, entendida ésta en los términos definidos en el artículo 3° del Código de Aguas que en su inciso final dispone: *“La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”*.

En cuanto a las obras asociadas al Canal Perimetral Norte, de carácter definitivas, aquéllas deben ser autorizadas por la DGA y se encuentran asociadas a la denominada por el titular del proyecto, Fase 2 de las obras, las cuales se encuentran obviamente condicionadas a la tramitación de los respectivos permisos ambientales y sectoriales, una vez que el titular termine el estudio del nuevo modelo hidrológico y la ingeniería de las obras definitivas asociadas al Canal Perimetral Norte.

Lo anterior, según lo manifiesta el propio titular en las fiscalizaciones ambientales realizadas durante el año 2014.

⁵ A mayor abundamiento y en conformidad a lo dispuesto en el Artículo Quinto de los Estatutos de la Junta de Vigilancia de la cuenca del río Huasco y sus Afluentes, esta Organización de Usuarios de Aguas presenta jurisdicción *“...en toda la hoya hidrográfica del Río Huasco y sus afluentes, desde las nacientes cordilleranas, lagunas y glaciares, que dan origen al conjunto de los ríos quebradas que forman parte de las subcuencas de los ríos El Carmen y El Tránsito: los ríos Apolinario, del Medio, Potrerillos, El Toro, Primero, La Colgada, Sancarron, Tres Quebradas y Estero Matancilla en la subcuenca del río El Carmen y los ríos Blanco, Conay, Chollay, Del Estrecho, Del Toro, Laguna Grande, Pachuy y Valeriano en la subcuenca del río Tránsito y las Lagunas Grande y Chica, desde la Cordillera de los Andes hasta la desembocadura del Río Huasco en el mar...”*.

Por ejemplo, en el informe de Fiscalización Ambiental de la SMA, DFZ-60-III-RCA-IA, se constata en la página 31:

“En relación con la Ejecución Integral del Sistema Manejo de Aguas (Fase 2), el Titular señala que existe un retraso en la ejecución de las obras, encontrándose actualmente en desarrollo de los estudios básicos y de rediseño de ingeniería para completar el sistema de manejo de aguas, con el fin de adecuar todas las obras al nuevo modelo hidrológico de la cuenca, actualmente en fase de revisión y discusión de resultados. Además, se señala que CMN tramitará los respectivos permisos ambientales y sectoriales, que habilitan la ejecución de parte de las obras de Fase 2 una vez afinado el estudio del nuevo modelo hidrológico y la ingeniería de las obras definitivas”.

Dentro de aquel orden de ideas, llama la atención que el titular del Proyecto no considere entre los escenarios probables, un nuevo ingreso del Sistema de Manejo de Aguas al SEIA, a la luz de la realización de una nueva modelación hidrológica de la cuenca del río del Estrecho, con repercusión directa en el análisis de disponibilidad de los recursos hídricos en el área de influencia del Proyecto (el aspecto de hidroquímica o calidad de las aguas fue revisado recientemente según detallaremos más adelante) y en virtud de la posible incorporación de obras del artículo 294 del Código de Aguas, las cuales ingresan directamente al SEIA en conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 letra a) de la Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

En relación a la eventual incorporación de obras del artículo 294 del Código de Aguas, aquello tendría lugar a la luz de la subestimación de los caudales de diseño del Canal Perimetral Norte (1.050 l/s), el cual constantemente ha sido sobrepasado al menos por los eventos conocidos de fines del año 2012 y comienzos del año 2013, a los cuales se suman las contingencias ocurridas los días 24 de enero y 6 de febrero de 2015 por el aumento del caudal de deshielo.

Lo anterior, haría necesario la ejecución de obras de canalización con una capacidad de conducción superior a un caudal de 2.000 l/s, en virtud del principio de prevención ambiental, lo cual tipifica el artículo 294 letra b) del Código de Aguas que señala:

“Requerirán la aprobación del Director General de Aguas, de acuerdo al procedimiento indicado en el Título I del Libro Segundo, la construcción de las siguientes Obras:...

b) Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo;...”

Aquello, tal como lo señalamos, provocaría el ingreso directo de aquella obra al SEIA, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 letra a) de la Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente que señala a su vez:

“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;...”

Estimaciones iniciales de la empresa han proyectado para la obra precitada, un nuevo caudal de diseño de alrededor de 1.750 l/s, después de los eventos ocurridos a fines del 2012 y principios del 2013. Sin embargo, consideramos que cuando el proyecto de ingeniería sea efectivamente presentado, se deberá revisar por parte de la DGA, si realmente la obra se encuentra capacitada para conducir sólo ese caudal o se encuentra derechamente proyectada con una capacidad real de conducción superior a los 2.000 l/s, situación en que se configura la hipótesis del artículo 294 del Código de Aguas y del artículo 10 letra a) de la Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier hipótesis, el Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto debería ser sometido nuevamente al SEIA en atención a que los eventos de colapso que han tenido lugar en el Canal Perimetral Norte, representan una subestimación del cálculo hidrológico y del rol hídrico de los Glaciares.

Dentro de aquel orden de ideas, no debemos olvidar que el canal de contorno precitado, ubicado en el sector de la ladera norte del río Estrecho, tiene como principal fin interceptar el flujo proveniente del deshielo originado por la nieve y por los **aportes de los Glaciares Amarillo y Estrecho**, evitando que se transformen en aguas de contacto, proyectándose para aquellos los tramos Canal Norte Superior y Canal Norte Inferior.

En ese sentido, los eventos de desborde ocurridos implican necesariamente que el titular, a la luz de su nueva modelación hidrológica, deberá evaluar o re-evaluar en conformidad al artículo 6° letra g) del RSEIA *“El impacto generado por el volumen o caudal de recursos hídricos a intervenir o explotar”*, puesto que en el caso en estudio el caudal intervenido y generado por la cuenca aportante, se va a modificar, con lo cual también podría cambiar la dimensión del efecto adverso significativo establecido en aquella norma.

A mayor abundamiento, el RSEIA señala en la misma disposición, que la evaluación de dicho impacto deberá considerar siempre la magnitud de la alteración en la superficie o volumen de un glaciar susceptible de modificarse. (artículo 6° letra g N° 5).

Asimismo, el artículo 18 del RSEIA, que establece el contenido mínimo de los Estudios de Impacto Ambiental, señala en su letra e.1) que deben considerarse como medio físico del área de influencia del proyecto o actividad: *“La hidrósfera, incluyendo los asociados a los recursos hídricos continentales, como la hidrología, hidrogeología y la calidad de las aguas superficiales y subterráneas...”* y los *“glaciares, ubicación geográfica, área superficial, espesor, topografía superficial, características superficiales como reflectancia y cobertura detrítica, caracterización a través de un testigo de hielo, estimación de las variaciones geométricas (área y longitud) a través del tiempo usando imágenes de alta resolución, y cálculo de caudales y de aportes hídricos.”* (Lo destacado es nuestro).

Posteriormente, aquella norma señala expresamente que *“Dichos aspectos deberán incorporar las áreas de riesgo con ocasión de la ocurrencia de fenómenos naturales”*, situación que justamente ha provocado el deficiente cálculo hidrológico inicial de la cuenca en el comportamiento y colapso del Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto asociado al Proyecto en estudio.

Por lo anterior, estimamos que una modificación en la modelación hidrológica de la cuenca no se podría sostener únicamente en la presentación de un permiso sectorial, sino que en un nuevo ingreso del Sistema de Manejo de Aguas al SEIA, a través de un Estudio de Impacto Ambiental que diga relación con la actualización del Proyecto, que considere además otros aspectos de la evaluación que fueron consagrados en forma difusa en la primitiva calificación ambiental de aquél, cuestiones que dicen fundamentalmente relación con el rol hídrico de los Glaciares y su Monitoreo.

Finalmente, haremos ciertos alcances al Sistema de Manejo de Aguas de Contacto, el cual se conforma, según el Considerando 4.3.2 letra I.1) de la RCA del Proyecto, por:

“i.1) Sistema de Manejo de Aguas de Contacto

En el depósito de estériles los sistemas de recolección de aguas de contacto superficiales están diseñados para recolectar flujos de escorrentías e infiltraciones desde el depósito de estériles Nevada Norte y los drenajes desde el área de la mina que incluye el rajo y acopio de minerales de baja ley.

Las obras relacionadas al depósito de estériles son las siguientes:

- ✓ *Batería de pozos de bombeo operacionales constituidas por dos líneas, una activa y otra pasiva o de respaldo. Cada línea cuenta con tres pozos profundos y tres pozos someros, ubicadas aguas arriba de la pantalla cortafuga.*
- ✓ *Pantalla Cortafuga impermeable, construida aguas abajo de la posición final del pie del depósito, ubicada sobre compuesto una zanja cortafugas excavada hasta el Till Glaciar de baja permeabilidad y revestida en la cara aguas abajo por una geomembrana.*
- ✓ *Pozos de Bombeo de Contingencia, ubicada aguas abajo de la pantalla cortafuga, para monitorear y contener aguas ácidas, constituida por una batería de pozos de verificación y control de aguas, actúan generando conos de abatimiento de la napa para traer los flujos de drenaje.*
- ✓ *3 zanjas colectoras superficiales, compuesta de una trinchera de poca profundidad excavada a través del fondo del valle, una tubería de entrada, la cual es perforada y de HDPE para recolectar agua de contacto y una berma aguas abajo de la zanja como protección de las líneas de pozos ubicados aguas abajo.*
- ✓ *2 piscinas de acumulación de drenaje, alcanzando una capacidad de embalsamiento de 400.000 m³, siendo capaz de contener el agua afluente en un año promedio sin necesidad de reutilizarla y/o descargarla al río. El diseño fue concebido para un período de retorno de 50 años.*
- ✓ *Sistema de impulsión y conducción de agua desde el sistema de manejo y tratamiento de agua desde los drenajes hacia las instalaciones de la mina.*
- ✓ *Planta de tratamiento de drenaje ácido corresponde a una tecnología probada (HSD, High Density Sludge), de alta eficiencia, y de operación automatizada y simple, compuesta por las siguientes unidades o componentes principales:*
 - *Unidad de oxidación mediante aplicación de peróxido (H₂O₂) para facilitar la conversión de hierro ferroso a hierro férrico.*
 - *Unidad de neutralización mediante la aplicación de lechada de cal que permite subir el pH de la solución y generar la precipitación de metales.*
 - *Unidad de clarificación, en que se aplican floculantes para facilitar la sedimentación de los sólidos.*

- ✓ *Piscina de regulación (o pulido) del efluente, se ubicará aguas abajo de la Planta de Tratamiento de aguas. Por lo tanto, el volumen de diseño de dicha piscina es de 50.000 m³ y sus dimensiones son 100 m x 100 m, con una profundidad máxima de 7,5 m y un borde libre de 0,5 m.*
- ✓ *Planta de tratamiento de osmosis inversa.*

El agua de contacto que escurran superficialmente serán recolectada por las zanjas colectoras y posteriormente conducidas hacia las piscinas de almacenamiento de aguas ácidas. Las aguas ácidas que hayan infiltrado serán captadas por las baterías de pozos, localizada justo aguas abajo de cada zanja colectora, será provista para el control y la intercepción de las aguas ácidas subterráneas. Este sistema de pozos de agua subterránea (pozos pasivos y pasivos) ha sido diseñado de manera de siempre contar con uno de estos sistemas en operación y otro en stand-by. El sistema de captura se refuerza con la instalación de una pantalla cortafuga y un sistema de bombeo de contingencia aguas debajo de ésta, para monitorear y contener eventuales aguas ácidas. Adicionalmente operarán los pozos de contingencia. Toda el agua recolectada por estas obras será derivada a las piscinas de acumulación (400.000 m³).

Las piscinas de acumulación regularán la cantidad de agua que será enviada a la planta de tratamiento, la que operará a un caudal promedio de 19 l/seg, en condiciones habituales el efluente será enviado a las piscinas de pulido y desde allí recirculado a través del sistema de impulsión y conducción para satisfacer los consumos de agua industrial de las operaciones de la mina. En años normales y secos las aguas acumuladas en el sistema de piscinas serán enviadas al área de la mina para su uso industrial y/o evaporadas, utilizando un sistema de impulsión y conducción. En años de extrema humedad la calidad del drenaje capturado será mucho más diluida que en años normales o secos. En estos casos las piscinas de acumulación también cumplirán una función clave de regulación; ellas han sido diseñadas para proporcionar un 96 % de probabilidad de no excedencia de su capacidad durante el período de operación y un 99% durante la etapa de cierre. En estos casos, el agua tratada será impulsada al área de la mina y/o descargada al río. En años aún más húmedos, se estima que la calidad del afluente estará significativamente diluida y habrá una notable capacidad de dilución en el río. La calidad estimada del efluente de la planta de tratamiento se presenta en el Anexo IIK-2, Tabla 5, Adenda 2.

Las piscinas de pulido poseen como objetivo regular la calidad de la descarga para su uso industrial en la faena minera principalmente, o, asegurar el cumplimiento de la norma de descarga al Río El Estrecho. Esta piscina recibe las aguas efluentes de la planta de tratamiento, las cuales se encuentran aptas para ser rebombadas hasta las operaciones de la mina o descargadas al cauce natural del Río del Estrecho, con capacidad equivalente a 30 días de almacenamiento de flujo de la planta de tratamiento de aguas (19 l/s).

En forma contigua a la planta de tratamiento de drenaje ácido se localizará la unidad de tratamiento complementario (osmosis reversa u otra equivalente a definir durante el desarrollo de la ingeniería de detalles), para responder a eventuales contingencias o demandas puntuales si fuera necesario, como alto contenido de sulfatos en años secos. Este tipo de proceso complementario permitirá reducir drásticamente las concentraciones del efluente, y se aplicará a parte o la totalidad del drenaje, en función de los requerimientos puntuales para mantener el cumplimiento de las normas.

Para el caso del rajo toda el agua expuesta a esta superficie se consideran aguas de contacto, la cual será manejada de manera apropiada a fin que permita el desarrollo eficiente de las operaciones mineras dentro del rajo. De acuerdo al diseño, se espera que el deshielo, producto de la nieve de precipitación y de aquella nieve desplazada por el viento hacia el rajo, conformen toda el agua de contacto dentro de dicha zona. Un sistema de recolección de agua superficial de contacto la transferirá a sumideros de recolección o al almacenamiento en depresiones permanentes en la base del rajo.

El sistema de recolección de aguas de contacto incluye canales localizados a lo largo de las rampas de carga y a través de bancos, para conducir el agua hacia pozos de recolección ubicados en lugares estratégicos dentro del rajo o en la base de éste. Se dispondrán sumideros de almacenamiento temporal en las áreas no activas del rajo para el mantenimiento de las aguas de contacto cuando no sea factible almacenarlas en la base del rajo. Para el manejo y consumo del agua se usará los métodos siguientes, en conjunto o por separado:

- *El agua será bombeada hacia camiones cisterna y utilizada como medio de control de polvo en los caminos internos;*
- *El agua se acumulará en la base del sumidero o base del rajo, y será evaporada desde la superficie del estanque...”*

Sobre el Sistema de Aguas de Contacto, debemos subrayar, tal como lo mencionamos anteriormente, que la construcción de las Zanjias Colectoras de Drenajes de Botadero, Zanja Cortafuga, Tuberías de Conducción y Drenaje Cortafuga, se sostiene en un acto administrativo que contiene un vicio de nulidad (Res DGA III N° 163, de 20 de marzo de 2008), en el cual no se elaboró el correspondiente Informe Técnico mediante el cual se validara que aquellas obras no representaban un peligro para la vida, salud o bienes de la población, no considerándose tampoco en aquel acto la validación técnica de aquellas obras por parte de la Dirección de Obras Hidráulicas, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 171 inciso 2° del Código de Aguas.

Por otro lado, en relación con la “Batería de pozos de bombeo operacionales”, este sistema no cuenta con los respectivos derechos de aprovechamiento de aguas que permitan alumbrar el recurso y menos, justificar su recirculación a través del sistema de impulsión y conducción para satisfacer los consumos de agua industrial de las operaciones de la mina.

Dentro de aquel orden de ideas, la DGA de la Región de Atacama ha sido bastante consistente en el tiempo para los efectos de exigir a los titulares de proyectos, derechos de aprovechamiento de aguas, incluso cuando sólo se esté en presencia de pozos de remediación.

Como ejemplo de lo anterior, en el caso del “Proyecto Caserones”, en cuya evaluación de su Estudio de Impacto Ambiental, la DGA mediante Ord. N° 759 de 11 de diciembre de 2008, señala:

“Respecto de los pozos con sistemas de bombeo que el titular contempla construir aguas abajo de los pozos de monitoreo en el área de depósito de lamas, y que según indica corresponden a un caudal de 4 l/s aproximadamente, se aclara al titular que, para hacer uso de estos en cualquier eventualidad, para ello deberá contar con los respectivos derechos de aprovechamiento de agua subterránea. Sobre ello, se aclara además que, deberá considerar los tiempos de tramitación asociados a las solicitudes de cambio de fuente de abastecimiento o cambio de punto de captación en la Dirección General de Aguas Región de Atacama, según corresponda. Por último, se indica también que, las solicitudes mencionadas precedentemente, para su resolución, involucran un exhaustivo análisis de criterios.”

Finalmente, debemos señalar que, en relación a las obras que son parte del tratamiento de las aguas, y que dicen relación con su transporte posterior, aquellas no fueron declaradas durante el proceso de evaluación del proyecto a través del correspondiente PAS, ni tampoco fueron consideradas en la viciada Resolución DGA III N° 163, de 20 de marzo de 2008, y sólo ingresaron directamente a aprobación sectorial, y no ambiental, con fecha 23 de julio de 2013, ante la DGA Región de Atacama, bajo el expediente administrativo código VP-0303-92.

En virtud de lo anterior, la DGA Región de Atacama ha exigido, mediante Ord N° 100, de fecha 12 de febrero de 2015, que aquellas obras sean regularizadas ambientalmente ante el Servicio de Evaluación Ambiental, según se indica a continuación:

“Finalmente, cabe precisar que, si bien en el apartado 4.3.2.i.1 de la Resolución de Calificación Ambiental COREMA ATACAMA N° 24/2006, se contempla dentro de las obras del sistema de manejo de aguas de contacto, la línea de impulsión y conducción desde el sistema de manejo y tratamiento de agua desde los drenajes ácidos hacia las instalaciones de la mina. El diseño y trazado de dicha obra no fueron evaluados en el sistema de evaluación de impacto ambiental, situación que hubiese permitido establecer la aplicabilidad o no del permiso ambiental sectorial conforme al artículo 106 Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, actualmente establecido en los artículos 156 y 157 del nuevo Reglamento. En consecuencia, se informa que este Servicio se abstendrá de resolver su

solicitud hasta que se regularice, en sede de la Autoridad Ambiental, las divergencias anteriormente descritas”.

No obstante lo anterior, el titular no ha procedido a regularizar aquella situación, y decidió presentar, con fecha 27 de marzo de 2015, un recurso de reconsideración en contra del Ord. DGA Región de Atacama N° 100, de 2015, el cual aún se encuentra en tramitación en el Nivel Central de aquel Servicio.⁶

Conclusión

En consecuencia, en lo que dice relación al Sistema de Aguas de Contacto del proyecto denominado “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, calificado ambientalmente favorable mediante RCA COREMA Atacama N° 24/2006, hemos encontrado los siguientes hallazgos relevantes:

1. En relación a la Resolución DGA III N° 163, de 20 de marzo de 2008, mediante la cual se aprobó sectorialmente la construcción del Sistema de Manejo de Aguas, se estableció como caudal de diseño del Canal Perimetral Norte, en su parte superior, el de 1.050 l/s, caudal que a todas luces fue sobrepasado varias veces durante el evento de colapso, y que en definitiva fue subestimado por la empresa durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto y en la presentación misma del correspondiente permiso sectorial ante la DGA, en relación con un estudio acabado de la cuenca hidrológica aportante.

Dentro de aquel orden de ideas, consideramos que al momento en que un nuevo proyecto de ingeniería sea efectivamente presentado, se deberá revisar por parte de la DGA, si realmente las obras necesarias y suficientes se deben encontrar capacitadas para conducir un caudal superior a los 2.000 l/s, situación en que se configura la hipótesis del artículo 294 del Código de Aguas y del artículo 10 letra a) de la Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, obligando el ingreso de aquellas obras al SEIA.

2. La Resolución DGA III N° 163, de 20 de marzo de 2008, tramitada en expediente código administrativo VP-0303-57, no se dictó en base a la correspondiente elaboración de un Informe Técnico según lo ordena el inciso

⁶ Dentro de aquel orden de ideas debemos señalar que el Código de Aguas dispone en su artículo 137 inciso final que el recurso de reconsideración no suspende el cumplimiento de la resolución impugnada, salvo orden expresa que disponga la suspensión, cuestión que no se estableció en aquellos autos administrativos código VP-0303-92.

- 2º del artículo 134 del Código de Aguas, ni tampoco con la aprobación ni revisión alguna por parte de la Dirección de Obras Hidráulicas, en conformidad a lo dispuesto en artículo 171 inciso 2º de la misma codificación.
3. La construcción de las obras provisorias asociadas al Canal Perimetral Norte del Sistema de Aguas de No Contacto no han contado de manera previa con la autorización y conocimiento del Directorio de la Junta de Vigilancia del río Huasco y sus Afluentes, de conformidad con el artículo 263 inciso 1º del Código de Aguas.
 4. El Sistema de Manejo de Aguas, de No Contacto debería ser sometido nuevamente al SEIA en atención a que los eventos de colapso que han tenido lugar en el Canal Perimetral Norte, representan una subestimación del cálculo hidrológico de la cuenca intervenida y del rol hídrico de los Glaciares.
 5. En relación con la “Batería de pozos de bombeo operacionales”, asociados al Sistema de Aguas de Contacto, aquellos no cuentan con los respectivos derechos de aprovechamiento de aguas que permitan alumbrar el recurso y menos justificar su recirculación a través del sistema de impulsión y conducción para satisfacer los consumos de agua industrial de las operaciones de la mina.
 6. En relación a la obras que son parte del tratamiento de las aguas, y que dicen relación con su transporte posterior, aquellas no fueron declaradas durante el proceso de evaluación del proyecto a través del correspondiente PAS, y sólo ingresaron derechamente a aprobación sectorial, y no ambiental, con fecha 23 de julio de 2013, ante la DGA Región de Atacama, bajo el expediente administrativo código VP-0303-92, cuestión que ha sido observada por aquel Servicio.

b) Sobre Glaciares.

Respecto de la componente de glaciares asociada al proyecto minero Pascua Lama, la RCA 24/2006 condicionó el desarrollo del proyecto indicando en su Considerando 9.22, a lo siguiente:

“Considerando que la información aportada por el Titular durante el proceso de evaluación de impacto ambiental, en lo referido a la caracterización de línea base de glaciares; definición y cuantificación de los impactos de la remoción y traslado

de glaciares; se considera insuficiente, lo que se traduce, entre otros aspectos, en falta de conocimiento del impacto sobre los caudales de los ríos El Toro y El Estrecho, sumado al hecho que la principal medida de compensación asociada al impacto, se considera indeterminada en materia de disponibilidad del recurso hídrico para embalsar, localización de la obra, responsabilidad del titular y la Junta de Vigilancia en la implementación de la medida, vida útil de la obra y su mantención; el titular deberá acceder al recurso mineral y obras asociadas al desarrollo del proyecto en la zona de glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza de manera tal que no se produzca remoción, traslado, destrucción o cualquier otra intervención física sobre ellos.” (Lo destacado es nuestro).

En relación con lo anterior, como contrapartida a la obligación de no afectación de dichos cuerpos de hielo contenida en la RCA N° 24 de 2006, se estableció en aquel acto la obligación de implementar un Programa de Monitoreo Glaciares, según se desprende de los siguientes considerandos:

Considerando 6.2. de la RCA N° 24/2006.

“Glaciares

(...) Finalmente, el material particulado grueso sedimenta a distancias cortas de 200 a 300 mts. dentro de la faena y el fino continúa a distancia mayores, pero con baja posibilidad de afectar a los glaciares, de acuerdo a lo señalado por el titular. Al respecto el titular se ha comprometido a monitorear el albedo según lo señalado del capítulo 7 de la presente resolución.”

Considerando 7.1.g de la RCA N° 24/2006.

“Monitoreo de Glaciares

El titular se ha comprometido a realizar las siguientes mediciones:

- (...). Al respecto el titular ha presentado un Plan de monitoreo permanente de polvo acumulado (albedómetro + cámara digital) que considera.*
- Medición permanente del albedo en un punto.*
- Correlación del albedo con la blancura y espacialización de la medida con fotografía digital diaria de glaciares con posible impacto y uno de un área “libre” de impacto. (...)*

Finalmente, el titular deberá monitorear las condiciones de los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, durante la vida útil del proyecto, con la finalidad de identificar posibles variaciones en las características físicas de dichos cuerpos. Las especificaciones del plan de monitoreo deben ser presentadas a la COREMA para su aprobación tres meses después de la notificación de esta Resolución y estar implementado previo a la ejecución del proyecto.”

En consecuencia, a partir del análisis de los Considerandos de la RCA del Proyecto, referente a la componente glaciar, podemos concluir que la Autoridad de la época aceptó que se postergaran aspectos relacionados con la línea de base del Proyecto, que deberían haber sido incluidos y evaluados en la revisión del Estudio de Impacto Ambiental, rebajando la jerarquía de la componente glaciar y consagrándola, en cuanto a su fondo técnico, solo en una medida de seguimiento, con lo cual en definitiva, no se reconoce impacto real sobre la componente y no se ofrecen medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas.

En definitiva, la componente glaciar prácticamente no fue evaluada ambientalmente, no entregándose una línea de base suficiente asociada a ella, y dejándola reducida a una medida de seguimiento, que actualmente se realiza a través del denominado "Plan de Monitoreo de Glaciares, Versión 3 (PMGv3)", vigente desde enero del año 2008.

Entre otros aspectos, el PMGv3 consideró:

- ✓ Inventario de Glaciares;
- ✓ Monitoreo de Condición Física de Glaciares;
- ✓ Monitoreo del Rol Hídrico de los glaciares y potenciales cambios por el desarrollo del Proyecto;
- ✓ Entrega de Información a las autoridades.

En virtud de lo anterior, el titular ha presentado sistemáticamente reportes sobre la materia ante la DGA Región de Atacama, los que dicen relación con una serie de aspectos técnicos vinculados al monitoreo de glaciares, tales como: Balance de Masa Glaciar, Balance de Energía, Balance Combinado, Monitoreo de Temperatura de cuerpos de hielo, Monitoreo de Albedo, Monitoreo Meteorológico, Monitoreo de Material Particulado Sedimentable, Monitoreo de Caudales, Monitoreo de Permafrost y Monitoreo de Movimiento de Geoformas.

Sobre estos reportes, la DGA emitió en su oportunidad una serie de Oficios con observaciones, las que básicamente han apuntado a la implementación parcial del Programa de Monitoreo Glaciares asociado al Proyecto, que permita efectuar un seguimiento permanente sobre las posibles afecciones a los cuerpos de hielos presentes en el entorno circundante al recinto minero.

En lo medular, las actividades de seguimiento de la DGA al PMGv3, han establecido que no se ha ejecutado a cabalidad el Plan de Monitoreo de Glaciares comprometido, puesto que no se entregó el resultado para todos los glaciares; existen registros discontinuos y las mediciones presentan inconsistencias, en

conformidad al siguiente detalle:

- ✓ El informe de Balance de Energía, julio 2012, no entrega el balance de energía de todos los glaciares comprometidos en el PMGv3, falta Esperanza, Estrecho, Toro 2, Ortigas 2 y los datos de albedo del glaciar Toro 1.
- ✓ El informe de Monitoreo Balance Combinado, año hidrológico 2011-2012, sólo informa el balance combinado de los glaciares Toro 1, Guanaco y Ortigas 1 (faltan los glaciares Estrecho, Toro 2 y Esperanza), y no considera la información de fluviometría de todas las estaciones comprometidas en el monitoreo que se relacionan con el derretimiento de los glaciares (Estrecho, Toro1, Toro 2, Esperanza, Guanaco y Ortigas 1).
- ✓ El informe de Mediciones de Material Particulado Sedimentable y Polvo Contenido sobre Glaciares presenta inconsistencias del período monitoreado y de la metodología empleada.
- ✓ El informe Dinámica de Glaciares Rocosos Julio 2012, de los 4 glaciares rocosos comprometidos en el PMGv3 (Barrales 1 y 2, Estrecho B y Toro), solo informa 2 (Estrecho y Toro).
- ✓ El informe de Temperatura de Suelo, año 2011-2012, presenta registros discontinuos durante el tiempo.

En virtud de lo anterior, la DGA ha requerido a la respectiva autoridad ambiental el inicio de proceso de sanción en contra del Proyecto en tres oportunidades, una de éstas, requerida mediante el Ord. D.G.A. Atacama N°1.023, de 28 de diciembre de 2009, una segunda, solicitada a través del Ord. D.G.A. Atacama N°434, de 9 de julio de 2012, y una tercera, a raíz de una serie de Oficios emanados por parte de aquella Dirección respecto de continuos incumplimientos evidenciados sobre errores, omisiones y falencias en la implementación del Plan de Monitoreo de Glaciares.

Sobre dichas solicitudes, el primer proceso sancionatorio fue iniciado mediante la dictación de la Resolución COREMA Atacama N°22, de 26 de enero de 2010, el cual fue resuelto según consta en la Resolución Exenta de la Comisión de Evaluación Región de Atacama N°22, de 1 de febrero de 2011, estableciendo una sanción al Titular del Proyecto de 300 UTM, por incumplimientos asociados a la componente glaciar, en lo que respecta a falta de implementación de medidas tendientes a minimizar la generación de material particulado con motivo de las labores mineras.

Por su parte, el otro proceso sancionatorio fue aperturado según consta en la

Resolución Exenta de la Comisión de Evaluación Región de Atacama N°186, de 11 de diciembre de 2012, resuelto según lo dispuesto en la Resolución Exenta N°47, de 25 de febrero de 2013, de la misma Comisión, sancionando al Titular de la iniciativa minera en cuestión con una multa de 500 UTM, por incumplimientos relacionados directamente con la componente glaciar, ello en lo que respecta a la falta de implementación de medidas para minimizar la emisiones de material particulado generadas por las labores mineras, así como también, la detección de errores, omisiones y falencias en la implementación parcial del Plan de Monitoreo de Glaciares asociado al Proyecto de marras.

Del mismo modo, el tercer proceso sancionatorio fue iniciado según consta en la Resolución Exenta de la Comisión de Evaluación Región de Atacama N°242, de 31 de octubre de 2012, en el que, según se establece en la Resolución Exenta N°87, de 5 de abril de 2013, de la misma Comisión, el Titular del proyecto en comento es sancionado con una multa de 1.000 UTM, ello por las mismas clases de incumplimientos evidenciadas en los procesos de sanción antes referenciados.

Con aquellos antecedentes, con fecha 27 de junio de 2013, un grupo de regantes de la cuenca del río Huasco, presentaron ante el 2° Tribunal Ambiental una demanda de reparación de daño ambiental, fundada en el artículo 53 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 17 N°2 de la Ley N° 20.600, manifestando en su libelo que *“se ha dañado sintomáticamente [Sic] el medio ambiente al destruirse con dolo o culpa el conjunto de glaciares que componen el ecosistema de la zona donde se construye el proyecto minero Pascua Lama, trasgrediendo la normativa ambiental y la RCA que autorizó su emplazamiento”*.

En relación con lo anterior, la demanda precitada no fue acogida por el Tribunal mediante sentencia de fecha 20 de marzo de 2015, en virtud que no se pudo acreditar en autos la afectación por parte del Proyecto minero de marras, de la componente glaciar.

Lo anterior, razonablemente se puede fundamentar en que al menos en lo que dice relación con los pronunciamientos del Servicio con la competencia técnica en la componente glaciar (DGA), nunca se estableció el daño en los glaciares, puesto que aquello era imposible de determinar a la luz de la propia falta de información y deficiencias en la implementación del PMGv3.

En ese sentido, el propio Tribunal subraya ciertas prevenciones en las consideraciones finales del fallo, en el siguiente tenor:

“Ducentésimo décimo. Que, los consistentes dichos de los testigos recién citados, confirman que el Plan de Monitoreo de Glaciares, en las tres distintas versiones a la fecha, requiere de una modificación sustantiva que permita determinar con mayor facilidad si ha habido impacto o no sobre los glaciares. Presumiblemente, y de acuerdo con los dichos de los testigos expertos, el PMGv4 hubiera evitado al Tribunal tener que presentar la

información contenida en el conjunto de los informes del PMG de una manera diferente a como está presentada en la actualidad. Adicionalmente, el PMG explicita la unilateralidad y el control de la obtención, procesamiento y exposición de la información por parte del titular del proyecto, lo que constituye un difícil desafío para la transparencia del proceso en su conjunto y para el análisis y la confrontación por parte de la Administración de la información entregada. En relación a esto último, y en consideración al incumplimiento reiterado de la empresa en relación al PMG, la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, en la causa Rol N° 300-2012 seguida en contra de la Compañía Minera Nevada SpA, dictada el 15 de julio de 2013, en su consideración séptima, afirma: “Esto importa a juicio de esta Corte, una actitud reiterada y contumaz por parte de la empresa recurrida, por cuanto permanentemente no entrega información en tiempo y forma, obstaculizando la corroboración de los antecedentes que se requieren y con ello infringiendo la RCA [...]” (destacado del Tribunal).

“Ducentésimo undécimo. Que, por último, cabe señalar que la defensa de la demandada en sede administrativa, concerniente a la dificultad de cumplir con todos los indicadores por razones de fuerza mayor (véase fojas 163), reiterada a lo largo de la contestación de la demanda y reconocida por algunos testigos ya citados, no es en rigor una defensa admisible cuando quien lo alega se ha puesto en la circunstancia de que ocurra el evento calificado como “irresistible”, pues entonces el elemento de la imprevisibilidad necesariamente desaparece. En efecto, las inclemencias climáticas pueden hacer imposible cumplir con algunas de las variables medidas en el PMG, como ocurre con las fotografías diarias; sin embargo, tanto las condiciones climáticas como las limitaciones técnicas debieron ser elementos conocidos y previstos por la demandada, por lo que el problema sería de diseño del PMG y no de fuerza mayor.” (Lo destacado es nuestro).

En consecuencia, nos encontramos ante la paradoja de observar la existencia de una obligación ambiental por parte del titular (“el titular deberá acceder al recurso mineral y obras asociadas al desarrollo del proyecto en la zona de glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza de manera tal que no se produzca remoción, traslado, destrucción o cualquier otra intervención física sobre ellos”), pero cuya verificación de cumplimiento depende del mismo titular puesto que existe unilateralidad por parte de aquél, en el control de la obtención, procesamiento y exposición de la información.

En ese sentido el fallo del 2º Tribunal Ambiental citado anteriormente, señala:

“Ducentésimo duodécimo. Que, en relación con lo anterior, en cuanto a los argumentos esgrimidos por la demandada, tanto en sede administrativa como judicial, encaminados a eximirse de cualquier eventual responsabilidad, este Tribunal considera pertinente pronunciarse acerca de lo afirmado por Compañía Minera Nevada ante esta magistratura, sobre los procedimientos sancionatorios de los que ha sido objeto, cuando señala: “[...] que no se sancionó a CMN por afectar los glaciares o glaciaretos asociados al proyecto, ni se acreditó que CMN haya causado daño ambiental en los mismos” (fojas 532 y ss.). Sin entrar a calificar dichos procedimientos sancionatorios, es conveniente aclarar, en primer lugar, que

la obligación de no afectación de los glaciares está en directa conexión con el cumplimiento de las medidas diseñadas para evitar la afectación de los mismos – fundamento de todos los procedimientos sancionatorios referidos-; por lo tanto, dichos procedimientos efectivamente guardan relación con la obligación de no afectación de los glaciares en la medida que los incumplimientos del PMG, si bien no afectan directamente a los glaciares, su cumplimiento es precisamente la fuente de información para verificar que estos no se vean afectados por las actividades del proyecto, de manera que potenciar el mismo, como se pretende con la nueva versión del Plan de Monitoreo (PMGv4), mejoraría la precisión de su seguimiento y contribuiría a reducir la incertidumbre sobre los efectos del proyecto en los cuerpos de hielo. En segundo término, no es correcto lo que se desprende –a contrario sensu- de la afirmación de la demandada en cuanto a que dichos procedimientos pueden establecer la ocurrencia de un daño ambiental sobre los glaciares, pues la existencia de daño ambiental es una calificación jurídica que sólo corresponde establecer al Tribunal Ambiental. Estas aclaraciones son importantes porque la demanda se basó fundamentalmente en los procedimientos sancionatorios referidos; por consiguiente, la desacreditación de dichos procedimientos como elementos probatorios debe realizarse en base a argumentos técnicos relacionados con el procedimiento de daño ambiental, y no al valor que en cuanto tal tienen, pues como es sabido lo que deben probar las partes en esta sede son hechos y no calificaciones jurídicas.”

En línea con lo expresado por el Tribunal, respecto de la implementación del citado Plan de Monitoreo de Glaciares PMG v4, mediante el Ord. SEA Atacama N°196, de 9 de julio de 2013, el Servicio de Evaluación Ambiental Región de Atacama requirió a la DGA su apoyo técnico en la revisión del aquel documento, presentado por el Titular para su evaluación.

A la fecha y habiendo transcurrido casi tres años de la presentación de aquel Plan, aun no existe acuerdo entre la Administración y el Titular con respecto al contenido de dicho Plan, revelándose cierta “tensión” en las distintas posiciones argumentales técnicas, entre la DGA y el Titular con respecto a las exigencias que se deben consagrar en aquel instrumento de gran relevancia para la factibilidad futura del Proyecto Minero.

En ese sentido, se entiende la dificultad que tiene actualmente la DGA para intentar corregir a posteriori el hecho de que dicha componente no haya sido evaluada dentro del SEIA, como correspondía legalmente, y sea a través de un instrumento de seguimiento la única instancia de evaluar la línea de base glaciar para establecer medidas en el evento que dicha componente sea afectada.

Estrechamente vinculado a la debilidad jurídica en que se encuentra la Administración, en relación con la componente glaciar producto de la postergación de su evaluación, con posterioridad al fallo del 2° Tribunal ambiental enunciado con anterioridad, la SMA nuevamente procede a formular cargos en contra del Titular del Proyecto de marras, esta vez, precisamente por la componente glaciares, a

través de la Res. Ex N° 1/ Rol D-011-2015, de 22 de abril de 2015.

En el Informe de Fiscalización asociado a dicha formulación de cargos (DFZ-2014-2325-III-RCA-EI) se observan los mismos vicios y debilidades que provoca el hecho de abandonar la componente glaciar solo en una medida de seguimiento y no haberla consagrado en la línea de base del proyecto, cuestiones que nuevamente la DGA procede a enunciar en varios pronunciamientos, siendo el Ord DGA N° 683, de 29 de septiembre de 2014, uno de los más relevantes, puesto que establece diferencias técnicas de la esencia con el Titular, las cuales fueron informadas a la SMA a la luz del presente proceso sancionatorio. Por ejemplo dicho Oficio señala:

I. *“Sobre Monitoreo de Temperaturas de Hielo Año 2012-2013.*

- 1) *Respecto de las conclusiones entregadas por el Titular en el Informe, cabe resaltar que, los resultados de las mediciones de Temperatura de Hielo llevadas a cabo en los Glaciares Guanaco, Estrecho y Ortigas 1 durante el año 2013, ratifican la condición fría del hielo, no descartándose en los Glaciares Guanaco y Estrecho, la existencia de capas cercanas a la superficie con temperatura próximas al punto de fusión en superficie. Por su parte, en el numeral 3 del referido Informe, sobre los glaciares fríos, el Titular establece que “En este tipo de glaciares, la presencia de agua está limitada a la ocurrencia temporal de eventos de derretimiento, que sólo se dan bajo condiciones atmosféricas favorables, por lo general durante los meses de verano.” Al respecto, cabe resaltar que, el Titular centra sus mediciones en los tres glaciares de mayor tamaño, los cuales a pesar de presentar tasas de balance de masa negativos, evidentemente resisten de mejor forma las fluctuaciones climáticas imperantes respecto de los cuerpos de hielo de menores. En sintonía con ello, cabe hacer notar también que, en relación al cumplimiento de lo establecido en el PMGv3, el Titular no entrega los resultados de temperatura del hielo de todos los glaciares comprometidos, faltando los cuerpos de hielo denominados Toro 1, Toro 2, Esperanza y Ortigas 1, los cuales por cierto presentan una condición de fragilidad aún más crítica que los glaciares incluidos en el presente Informe (Tasas de balance de masa negativas y reducidas superficies).*

En vista de ello, el Titular deberá analizar la evolución de todos los cuerpos de hielo presentes en el área de influencia del Proyecto.

II. *Sobre Informe de Movimiento de Geoformas 2013 e Informe de Monitoreo de Permafrost 2012-2013,*

- 1) En el capítulo rotulado Conclusiones del Informe de Monitoreo de Geoformas 2012-2013, sobre los glaciares rocosos existentes en al área de influencia del proyecto, el Titular concluye que (Textual) "...Los glaciares rocosos Estrecho B, Barriales 1 y Barriales 2 son considerados glaciares rocosos del tipo activo, mientras que en el glaciar rocoso Toro, corresponde a un glaciar rocoso inactivo." De igual forma, respecto de la existencia de glaciares rocosos activos (Estrecho B, Barriales 1 y Barriales 2), el Titular señala que (Textual) "El término Glaciar Rocosos debe entenderse entonces como un término genérico, que puede tener subdivisiones más precisas desde el punto de vista geomorfológico y también dinámico. Desde esta última perspectiva, interesa la distinción entre glaciares rocosos activos, con flujo significativo (detectable con instrumentos precisos y con una dirección predominante congruente con la morfología superficial), versus glaciares rocosos inactivos (sin flujo discernible en el presente). Luego, los inactivos pueden diferenciarse entre inactivos (con hielo pero sin flujo discernible) versus glaciares rocosos fósiles o relictos. La última distinción (inactivos versus fósiles/relictos), depende más bien de la presencia de hielo intersticial (Barsch, 1996). Como en este informe no se analiza el contenido de hielo, sino que sólo las velocidades, no nos pronunciamos entre estas 2 categorías, y menos si este tipo de glaciares pertenecen al ambiente glacial o periglacial, cuestión que tiene sólo interés académico.". Sobre la materia, cabe resaltar que, la proporción de hielo contenido en un glaciar de roca es un antecedente del todo relevante, inclusive si este tiene una condición inactiva, ya que tal como lo señala el Titular en la cita precedente, dichas geoformas pueden tener un contenido indeterminado de hielo sin flujo medible, siendo éste eventualmente una reserva de agua no estimada ubicada dentro del área de influencia del proyecto minero. De igual forma, el Titular establece en sus conclusiones la existencia de 2 glaciares de roca activos, siendo su proporción de hielo versus volumen total desconocida, no siendo abordada en el referido Informe, la cual, teóricamente, según lo indicado en la Estrategia Nacional de Glaciares D.G.A elaborada el año 2009, puede ser incluso hasta de un 50% de la masa total. A mayor abundamiento, cabe relevar la importancia que tiene estimar de la forma más precisa posible el contenido de hielo en los glaciares de roca activos e inactivos existentes en la zona en cuestión, ya que tal como lo establece la literatura especializada (Textual) "Los glaciares rocosos pueden almacenar más agua que los glaciares "blancos", como es el caso en Chile entre los 29° a 32°5" (Azócar & Brenning, 2010). Igualmente,

cabe resaltar que, los servicios ambientales de los glaciares rocosos son similares a aquellos de los glaciares blancos (Kronenberg, 2009). En particular, entre los servicios relacionados a su valor de uso, está principalmente su utilización como fuente de agua, su contribución a la regulación del clima, su contenido de información sobre el pasado geológico y climático (Barsch, 1996; Brenning, 2005). ” (Lo destacado es nuestro)

A la luz de lo anterior, se puede observar la absoluta discrepancia que existe entre el Organismo Público competente y el Titular, en el ámbito de la importancia que se le debe otorgar a los glaciares de roca asociados al Proyecto, siendo considerados por la DGA dentro del área de influencia de aquél, más aún en el entendido que a medida que el botadero de estériles del Proyecto avance, existe la posibilidad que cubra uno de aquéllos.

Posteriormente, el referido Ord DGA N° 683, de 29 de septiembre de 2014, procede a señalar:

III. Sobre Informe de Balance de Masa Combinado 2012-2013.

- 1) En el numeral 1 del mencionado, sobre balance combinado, el Titular señala a modo introductorio que (Textual) "...tiene como objetivo establecer el rendimiento hidrológico (caudal), producido por cada glaciar/glaciarete del área de estudio. Para ello se han incorporado las observaciones meteorológicas (balance de energía), datos de escorrentía (aforos manuales u automáticos de los principales ríos alimentados por los cuerpos de hielo) y el balance de masa de los glaciares del área de estudio. El objetivo principal es determinar la contribución hídrica de los cuerpos de hielo a los ríos efluentes". Al respecto, en el presente Informe el Titular concluye que (Textual) "En general se aprecia que el derretimiento domina las pérdidas de masa en los glaciares y glaciaretes estudiados durante el verano (diciembre-marzo), contribuyendo con agua de fusión glaciar al caudal de los ríos efluentes. Esto es ratificado por el estudio de balance de energía recientes (CECs 2012a y CECs2013c). Estos caudales son porcentualmente bajos en comparación con los caudales medidos en las estaciones permanentes ubicadas a pocos km de distancia de los frentes de hielo. La mayor contribución es de los glaciares, que representan un 10% promedio en el período de derretimiento, mientras que los caudales generados por los glaciaretes son mínimos (1%). Estos valores son similares y consistentes con los resultados del balance combinado del año hidrológico 2011-2012 (CECs, 2012b)." Al respecto, de la revisión de los datos*

presentados por el Titular en la Tabla 8-1 del referido Informe, es posible señalar que, los promedios mostrados en las conclusiones del citado Informe tienden a minimizar los caudales de aporte, tanto de los glaciares como de los glaciaretos. De esta forma, si se observan los valores máximos de porcentaje de aporte glacial a la estación fluviométrica VIT-3 (Río Potrerillos aguas arriba Río 3 Quebradas), se tiene que, en el mes de febrero 2013, los glaciares Guanaco, Ortigas 1 y el conjunto de glaciaretos Toro 1, Toro 2 y Esperanza aportaron un 33% del caudal total en dicha estación. Por su parte, en los meses de Diciembre 2012 y Febrero de 2013, los aportes máximos de caudales en porcentaje fueron de 23% y 21% respectivamente. Por su parte, se observa que, el promedio trimestral es del orden de 26%.

- 2) *A mayor abundamiento, respecto del porcentaje de aporte de escorrentías desde el glaciar Estrecho a la estación fluviométrica NE-3 (Río Estrecho aguas arriba de confluencia Quebrada Agua de La Falda), mostrado en la Tabla 8-2 del señalado Informe, es posible mencionar que, dicho cuerpo de hielo realizó los máximos aportes en los meses de Diciembre 2012, Enero 2013, Febrero 2013 y Marzo 2013, siendo éstos del orden de 21%, 35%, 43% y 35% respectivamente, con un promedio cuatrimestral del orden del 34%.*
- 3) *Así las cosas, este Servicio estima que, la cuantificación el aporte de caudales desde los glaciares y glaciaretos a la escorrentía de la zona mediante la utilización de medias anuales no es representativa del régimen efectivo de aportes por derretimiento, cuyos resultados tienden a minimizar los aportes de los cuerpos glaciares al sistema hídrico de la cuenca del río Huasco. Por lo tanto, sobre la materia en cuestión, el Titular deberá establecer sus conclusiones en base a aquel período donde se generan los valores máximos de escorrentía (período estival).” (Lo destacado es nuestro)*

En conformidad a lo precedentemente expuesto, existe una total discrepancia entre la DGA y el Titular al momento de establecer el rol hídrico de los glaciares y su aporte hidrológico en la cuenca, cuestión que se encuentra en relación directa con el Sistema de Manejo de Aguas, y el modelo hidrológico pendiente que debe realizar el Titular a la luz de los eventos de colapso y desborde ocurridos en el área del Proyecto como pudimos desarrollar en su oportunidad.

Lo anterior es de suma relevancia, puesto que no obstante la RCA del Proyecto jibarizó la importancia de los glaciares, renunciando la Autoridad Ambiental de aquella época a contar con una línea de base relacionada con aquellos, igualmente

se consagró, en el Considerando 6.2 de la RCA, producto de observaciones realizadas por la DGA, que:

“Los glaciares constituyen reservorios y reguladores naturales del recurso hídrico de la cuenca, en especial para períodos de sequía...”

“En relación a los efectos de la remoción y traslado de glaciares, y de la depositación de material particulado sobre afectación de glaciares, el Órgano del Estado Competente en la materia, ha señalado que la línea base aportada por el titular para estimar desde ella los efectos del Proyecto en la regulación hídrica de la cuenca, ha sido considerada como insuficiente para evaluar el impacto y proponer medidas de mitigación o compensación apropiadas.

Es por ello, que el mismo organismo señala que con los estudios entregados a la fecha por el titular, aún existe una gran incertidumbre en cuanto a los impactos en los aportes de recursos hídricos, debido a que no está claro cuál es el área y volumen de glaciares que puede verse afectado. A lo que hay que agregar otra incertidumbre relacionada con determinar claramente los caudales específicos actuales de los glaciares y estimar cómo podrían ser afectados por la alteración directa o indirecta. Lo mencionado sería imposible de determinar si no se cuenta con un buen modelo de simulación construido a partir de balances combinados en los glaciares (de masa, calórico e hidrológicos) y otros estudios y mediciones requeridas que el titular no ha realizado.”

Frente a la formulación de cargos realizada por la SMA, a través de la Res. Ex N° 1/ Rol D-011-2015, de 22 de abril de 2015, el Titular presenta sus descargos con fecha 28 de mayo de 2015, incorporando entre sus argumentos su permanente excusa a la labor de seguimiento de la componente, asociada a las condiciones climáticas y subrayando uno de los principales efectos perniciosos de la forma en que la Autoridad Ambiental de la época aceptó postergar la línea de base de glaciares en la RCA: **El hecho que el Plan de Monitoreo de Glaciares no reviste el carácter de una medida de mitigación, compensación o reparación ni tiene su naturaleza, puesto que no es un instrumento que diga relación con hacerse cargo de un efecto adverso significativo identificado en la evaluación del Proyecto.**

A mayor abundamiento el Titular manifiesta en su escrito de descargos:

“Ahora bien, no todas las variables son medidas y controladas en cada uno de los cuerpos de hielo. Ello por cuanto no todos cuentan con características y condiciones que permitan o bien, que hagan necesario, el monitoreo de todas ellas. Por otro lado, considerando que este Programa de Monitoreo es el único en el mundo en donde se realiza tan detallado estudio de cuerpos de hielo ubicados a una altura superior a los 5000 msnm y en un ambiente desfavorable y extremo en cuanto a las condiciones climáticas presentes, la implementación del plan ha sido un continuo proceso de “ensayo y error”. Es así como, por ejemplo en el glaciarrete Esperanza, sus especiales características y ubicación, con

presencia de altísimos penitentes aún en época invernal (que hace extremadamente difícil y peligroso su estudio, toda vez que se generan rugosidad extrema en superficie, que dificultan toda la logística e implementación de monitoreo), recién en el último trimestre del 2013 se ha podido instalar instrumentos de medición.

Respecto de los demás meses, sólo cabe señalar que la falta de datos por daños a las estaciones por condiciones meteorológicas extremas, falta de fotografías por visibilidad nula debido a nubes o por obstrucción de cámaras, son situaciones muchas veces imposibles de evitar, aun cuando CMN se encuentra continuamente explorando soluciones y proponiendo mejoras que permitan reducir dichas fallas, en la medida que la tecnología disponible y las situaciones climáticas de la zona lo permiten. Actualmente no existe ninguna tecnología en el mundo capaz de garantizar una cobertura temporal del 100% en glaciares a 5000 msnm de altura. Sin embargo -como se desprende claramente del diseño del PMGv3- los sistemas instalados en Pascua Lama son muchas veces redundantes y se solapan, por lo que las condiciones de los cuerpos de hielo pueden inferirse aun cuando falle algún equipo o medición. En efecto, no es posible causar un daño a la superficie del hielo de forma puntual sin que quede evidencia posterior por lo que, aunque existan días perdidos en el monitoreo, el efecto sería detectable y detectado en imágenes y mediciones posteriores. “ (Lo destacado es nuestro)

“En efecto, el Plan de Monitoreo de Glaciares no reviste el carácter de una medida de mitigación, compensación o reparación ni tiene su naturaleza. En dicho sentido, la Res. Ex. N° 198/2015, que resolvió el proceso de sanción en contra de SCM Lumina Copper Chile, en su Considerando 289 precisa que se entiende por medidas aquellas que “se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto, significativa o no, identificado en la evaluación (...) ya sea que se trate de medidas de mitigación, compensación, reparación o de naturaleza compensatoria, mitigatoria o reparatoria.

Por el contrario, el PMGv3 no tiene este carácter. En realidad, resulta evidente que forma parte del plan de seguimiento del proyecto, y de esta forma, no están ni puede estar destinado a hacerse cargo de los efectos identificados en la evaluación en relación con el componente ambiental glaciares. De esta forma, el DS40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en su artículo 105 dispone que un plan de seguimiento tiene por finalidad asegurar que las variables ambientales relevantes que fueron objeto de evaluación ambiental evolucionen según lo proyectado. En dicho sentido, un plan de seguimiento identificará, entre otros, el componente ambiental que es objeto de medición, el impacto ambiental evaluado respecto de dicho componente y la medida asociada para hacerse cargo de los eventuales efectos.”

“A mayor abundamiento, si bien el PMGv3 que fue presentado a aprobación de la autoridad ambiental en agosto del año 2008 describía acciones y medidas de mitigación, tales medidas (que incluían por ejemplo, la instalación de barreras de nieve), no fueron aprobadas en definitiva. En efecto, tal como se señala en la letra d) del ORD N° 735 de fecha 5 de

septiembre de 2008, de la Dirección Regional del Medio Ambiente de Atacama, “se hace presente que la Comisión Regional del Medio Ambiente se ha pronunciado aprobando las especificaciones técnicas del Plan de Monitoreo que no dicen relación con las medidas de mitigación a implementar en caso de detectarse efectos sobre los glaciares.”

“De esta forma, como lo señala la RCA, el Plan de Monitoreo de Glaciares, persigue evaluar el comportamiento del componente supervigilado, con el objeto de determinar su evolución así como verificar la efectividad de las medidas de mitigación que establece la propia resolución (como son las medidas de control de polvo, por ejemplo, durante la fase de operación del Proyecto). Por lo tanto, la acción de monitoreo comprometida presenta objetivos diversos a las acciones de central y mitigación, que impiden considerar al PMGv3 como una medida, en los términos que se requiere para efectos de la determinación de su gravedad según establece el artículo 36 N° 2 letra e) de la LO-SMA. “

Conclusión

En consecuencia, y producto de lo manifestado precedentemente en relación con la componente ambiental glaciares, podemos observar las siguientes paradojas:

1. Nos encontramos ante una componente cuya línea de base en proceso de evaluación ambiental fue declarada como insuficiente por la propia Autoridad al momento de dictar la RCA.
2. En virtud de lo anterior, la RCA genera un instrumento de seguimiento de la componente, para en la práctica conocer durante la operación del Proyecto la misma componente susceptible de ser afectada ambientalmente, sin consagrar medidas de mitigación, compensación o reparación, más allá que una inversión en infraestructura de riego, cuestión que tampoco fue aceptada por el organismo sectorial competente.
3. No obstante lo anterior, el Plan de Monitoreo tampoco ha podido ejecutarse porque aún no existe la tecnología adecuada para enfrentar las condiciones del lugar, cuestión que el Titular ha presentado persistentemente como una exigencia asociada a la “fuerza mayor”.
4. La DGA aún no ha validado el Plan de Monitoreo en su versión 4, y ha sostenido en cada pronunciamiento discrepancias con el Titular en relación a la importancia de los glaciares de roca y el rol hídrico de la componente en general.

De todo lo anteriormente expuesto, sólo se puede concluir que la componente ambiental glaciares no ha tenido la debida cobertura y se encuentra

absolutamente expuesta a ser afectada ambientalmente por el desarrollo del Proyecto, no existiendo una línea de base robusta en relación con aquella, y con un plan de seguimiento asociado que tampoco se ha podido implementar y con el cual se pretende levantar extemporáneamente dicha línea de base.

Las anteriores cuestiones sin duda no podrán resueltas dentro de la misma medida de seguimiento, y dicen más bien relación con aspectos esenciales y de línea de base de la evaluación ambiental, que deberían ser resueltas en el ámbito del SEIA, a través de un Estudio de Impacto Ambiental asociado a la componente hídrica en general, tal como fue manifestado en relación con la nueva modelación hidrológica vinculada al Sistema de Manejo de Aguas.

- c) *Sobre el procedimiento de revisión de la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas en conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.*

Íntimamente relacionado con el Sistema de Manejo de Aguas y Glaciares, como en un gran conjunto asociado a la componente hídrica en general, tenemos la implementación del Plan de Niveles de Alerta de Calidad de Aguas asociado al Proyecto, cuya metodología del cálculo en base al percentil 66%, establecida en la respectiva RCA, fue presentada ante la COREMA Atacama, en la sesión de 10 de diciembre de 2008, según consta en la respectiva Acta de dicha Comisión Regional de Medio Ambiente.

Sobre la materia, resulta importante hacer notar que, en relación con los Niveles de Alerta de Calidad de Agua a que se refiere el precitado Plan, en respuesta a la solicitud de pertinencia de ingreso al SEIA presentada por el Titular de la iniciativa minera, respecto de una modificación en la metodología de cálculo asociada a dichos Niveles, el Servicio de Evaluación Ambiental Región de Atacama, mediante su Ord. N°225, de 13 de marzo de 2012, informó a la empresa Compañía Minera Nevada SpA que, la modificación propuesta debe ingresar al SEIA, tal como entendemos que se debería proceder con los cambios en la modelación hidrológica de la cuenca, al tenor de lo expresado en el capítulo asociado al Plan de Manejo de Aguas.

A lo anterior, se añade la orden emanada por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Copiapó, de iniciar un proceso de revisión de la RCA del proyecto, a la luz del recurso de protección presentado por Comunidades Indígenas de la cuenca del

río Huasco, en contra de Compañía Minera Nevada SpA y la Comisión de Evaluación Ambiental, Región de Atacama.

En relación con aquello, el fallo dictado en ese proceso, con fecha 15 de julio de 2013, señala en sus Resueltos 2º y 3º:

“2.- Solicitar el recurrido, dentro del plazo de 15 días hábiles contado de la notificación de la presente resolución, el inicio del procedimiento administrativo de revisión de la RCA, para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas del proyecto ha variado sustantivamente, y por ende, corresponde adoptar las medidas administrativas necesarias para corregir dicha situación. En el evento que la autoridad competente, determine la ausencia de una modificación de las variables ambientales y la improcedencia de una revisión a la RCA, se requerirá por esta Corte a la Superintendencia del Medio Ambiente iniciar un proceso de investigación respecto a los referidos hechos y los efectos que pudieren provocar.

3.- Presentar toda la información relativa al plan de seguimiento y monitoreo de glaciares y glaciaretos ante la Superintendencia del Medio Ambiente a fin de que ésta fiscalice y monitoree el cabal cumplimiento de la ley ambiental, sin perjuicio de que incoe los procedimientos administrativos correspondientes.”

Por lo anterior, con fecha 2 de agosto de 2013, el Titular del Proyecto ingresa solicitud de revisión de la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas en conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300⁷.

Según el Titular, la revisión es necesaria para determinar e implementar las correcciones suficientes atendiendo al hecho de que la variable “calidad del agua superficial” del río del Estrecho, la que fue evaluada y contemplada en el Plan de seguimiento contenido en el EIA y, sobre la cual se establecieron condiciones o

⁷ “La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880.

El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20.”

medidas sobre la base de las cuales se aprobó el Proyecto, ha presentado un comportamiento natural distinto al considerado durante el proceso de evaluación ambiental (información disponible hasta el mes de abril de 2005).

Dentro de aquel orden de ideas, el Titular sostuvo que a raíz de lo anterior, estimó pertinente proponer ciertas adecuaciones a la metodología de cálculo de los Niveles de Alerta de calidad del agua y extensión del registro de línea base, con el propósito de obtener valores que efectivamente permitan distinguir entre las variaciones naturales de la calidad de aguas del río del Estrecho y un eventual efecto del Proyecto, teniendo presente el comportamiento natural de las aguas, particularmente las variaciones interanuales de calidad que supuestamente se habían observado a lo largo de los años.

Para los efectos de la revisión de la RCA, el Titular consideró la información de línea de base de calidad de aguas, de fecha sólo previa al inicio del prestripping (movimiento de estériles) del Proyecto, el cual data de mayo de 2012.

Durante el aludido proceso de revisión de la RCA, la DGA Atacama se pronunció básicamente a través de los Ords N° 335 de 9 de mayo de 2014 y N° 457 de 7 de agosto de 2015.

En aquellos pronunciamientos, la DGA negó la posibilidad que se incluyera información de línea de base de calidad de aguas hasta el año 2012, y aceptó como límite para establecer la línea de base de calidad de aguas sólo hasta el año 2008:

Ord N° 335 de 9 de mayo de 2014:

“...en relación al proceso de actualización de la línea base de hidroquímica de aguas superficiales de la subcuenca Río El Estrecho-Río Chollay, este Servicio estima que el Titular sólo podría incluir nueva información hasta el año 2008, excluyendo aquella data comprendida entre los años 2009 y 2012. Lo anterior, por cuanto del análisis de los registros recopilados, no cabe duda que la calidad de las aguas superficiales de la línea de flujo principal Río El Estrecho – Río Chollay, entre los años 2009 y 2012, fue influenciada directamente y en forma puntual con las actividades del proyecto minero Pascua Lama, en particular, su fase de construcción asociada a labores de excavación y movimiento de tierra, generando una condición de acidez que indujo una superación en los umbrales de acidez natural observados en periodos previos sin intervención antrópica... Así entonces, la justificación esgrimida por el Titular atribuyendo la variabilidad aludida a

factores naturales relacionados con la dinámica hidrológica presente en la referida subcuenca resulta del todo cuestionable, donde los antecedentes técnicos acompañados no son lo suficientemente detallados, respaldados y explicados para los efectos de sustentar dicha hipótesis. Por lo demás, la nueva data aportada es de limitada extensión, y por lo tanto, difícilmente es posible establecer conclusiones tan taxativas como las que intenta demostrar el Titular, sobre todo si la causa de dichas variabilidades responde a una materia de carácter global”.

Como se puede observar, la DGA no se ha reducido a limitar la línea de base a la actividad de prestripping del Proyecto, sino que considera, como es normal, todo tipo de intervención antrópica relacionada con el Proyecto, entre aquellas las labores de construcción y remoción de tierra que pudieron alterar la línea de base de calidad de aguas.

Por otra parte, en relación al Sistema de Manejo de Aguas, la DGA señala en aquél pronunciamiento:

“Atendida la configuración del Sistema de Manejo de Aguas de Contacto dispuesta en la zona de emplazamiento del depósito de estériles, en particular, respecto de la habilitación del muro cortafugas, es importante hacer mención que dicha obra hidráulica viene a interceptar toda la producción de agua que se genere en esa porción de la subcuenca Río Estrecho, incluidas aquellas aguas que serán drenadas por el depósito en cuestión.

En vista de lo indicado precedentemente, resulta pertinente solicitar al Titular un análisis detallado de cómo espera sincronizar la operación del Sistema Cortafugas en términos de la captura total de flujos naturales producidos en la naciente del Río El Estrecho (superficiales y subterráneos) y las correspondientes autorizaciones de extracción de agua desde fuentes naturales que el Titular debería contar para tales efectos. Cabe precisar que, lo anterior resulta aplicable a los pozos de bombeo operacional, pozos de contingencia y zanjias colectoras de aguas superficial”.

A la luz de lo anterior, se establece lo que ya señalamos en su oportunidad relativo a la inexistencia de derechos de aprovechamiento de aguas asociados a la ubicación de las obras de captación del Sistema de Manejo de Aguas de Contacto que permitan efectuar la remediación, alumbrar las aguas, y recircularlas para efectos de la operación del Proyecto.

A mayor abundamiento, tampoco ha sido determinado por el Titular el caudal a remediar que debería encontrarse asociado a aquellos derechos de aprovechamiento.

En consecuencia, con el objeto de hacer el Sistema de Manejo de Aguas de Contacto operativo, el Titular deberá presentar a la DGA una solicitud de cambio de fuente de abastecimiento, para los efectos de ejercer sus derechos de aguas de carácter superficial como subterráneos, o en el evento que cuente con derechos de aprovechamiento subterráneos en el mismo acuífero, proceder al cambio de punto de captación de aquellos, hipótesis en cualquiera de las cuales se avizora la férrea oposición de la Junta de Vigilancia del río Huasco, y los usuarios del valle en general.

Junto con la anterior, la DGA subraya la ilegalidad de una de las obras más emblemáticas del Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto: La denominada Cámara de Captación y Restitución (CCR).

Aquella obra constituye el lugar o punto de control de calidad, en donde en la práctica se toma la decisión de embalsar las aguas contactadas en las piscinas de acumulación del Proyecto, o, en su defecto, restituir las al cauce de río del Estrecho.

Sobre dicha obra la DGA señala en el Ord N° 335 de 9 de mayo de 2014:

“Revisada la correspondiente RCA, se tiene que la denominada Cámara de Captación y Restitución (CCR), no forma parte de aquella infraestructura, aprobada ambientalmente, que fuera comprendida en el diseño del Sistema de Manejo de Aguas de Contacto del referido proyecto minero, cuyo diseño contempla la derivación directa de las aguas contactadas generadas en la zona de emplazamiento del Sistema Cortafugas hacia las piscinas de almacenamiento, sin ningún punto intermedio como el que se alude con la citada CCR. Por su parte, y respecto del evento de colapso del Sistema de Manejo de Aguas a que se refiere el numeral 1 anterior, cabe hacer notar que, durante su ocurrencia se contaba con la existencia y funcionamiento de la denominada Cámara de Captación y Restitución.

Sobre el denominado Sistema de Manejo de Aguas, y entendido éste como un conjunto de componentes que interactúan entre sí para los efectos de reguardar una componente ambiental del proyecto minero en cuestión, en este caso la hidroquímica asociada a su área de influencia directa, este Servicio estima que físicamente donde debe decidirse si la calidad de los flujos de aguas contactadas provenientes del Sistema Cortafugas supera o no el umbral de la línea base de calidad de agua del Río Estrecho, es en las piscinas de almacenamiento, o en su defecto, un punto al interior de la infraestructura del Sistema de Manejo de Aguas que garantice con suficiente certeza la calidad de aguas previo a su descarga al Río Estrecho”.

En consecuencia, junto con ser una obra esencial dentro del Sistema de Manejo de Aguas que no fue evaluada ambientalmente, para la DGA tampoco cumple el suficiente rol preventivo de resguardar la calidad de las aguas que serán restituidas al río Estrecho, razón por la cual aquel Servicio la descarta derechamente como medida por no considerarla una acción que tutele con certeza la calidad de las aguas.

En ese sentido, la sugerencia de embalsar todo el caudal eventualmente contactado, dice más bien relación con tener el tiempo suficiente para efectos de realizar los análisis correspondientes a cabalidad, algunos de los cuales toman días, cuestión que no se verificaría en la CCR donde la restitución de las aguas al cauce del río del Estrecho puede venir antes que la constatación de la alteración de algún parámetro de calidad, más aún en el entendido que la CCR solo mide pH y Conductividad Eléctrica en forma inmediata, quedando postergado, por ejemplo, el análisis de los sólidos disueltos.

Lo anterior se manifiesta en el pronunciamiento en estudio al señalar:

“f) Respecto de la existencia y operación de la denominada CCR, cabe subrayar el hecho que todas las afluentes a dicha Cámara son aguas contactadas provenientes de la zona donde se proyecta el emplazamiento del botadero de estériles. Asimismo, cabe también enfatizar que, el mecanismo de control y verificación de la calidad de aguas que recibe la CCR para los efectos de decidir si estas son descargadas directamente al Río Estrecho o bien son derivadas a tratamiento, corresponde por una parte, a un monitoreo discontinuo de muestreo semanal para análisis químico con resultados desfasados en 7 días hábiles.

g) Sobre el criterio técnico de decisión propuesto por el Titular para la derivación de las aguas contactadas, y en particular, sobre el monitoreo continuo de calidad de aguas en la CCR, resulta importante aclarar que, dicho mecanismo no es uno que brinde plena certeza y oportunidad sobre el estado de la calidad de las aguas que transiten en un determinado momento por la referida Cámara. Lo anterior, pues si bien la indicación del parámetro físico-químico de pH viene a dar cuenta del nivel de acidez de las aguas que pasen por la instalación en cuestión, el cual se complementa con el seguimiento también continuo de Conductividad Eléctrica, cabe hacer notar que, lo importante para un control de aguas contactadas es conocer cuál es el efecto de esos parámetros físico-químico tienen sobre la concentración de determinados microelementos y macroelementos, en este caso la concentración total de metales asociados a la

generación de DAR⁸ y la concentración de sulfato principalmente. Sin embargo, es sabido que estos valores no pueden ser obtenidos de manera continua pues actualmente no se dispone de tecnología apta para cumplir ese fin, siendo el procedimiento vigente uno cuyos resultados están supeditados principalmente al tiempo de transporte de muestras y la realización de ensayos químicos en los laboratorios, donde dichas diligencias implican necesariamente un desfase permanente en los registros de calidad de aguas.” (Lo destacado es nuestro).

Dentro de aquel orden de ideas, la DGA permanentemente deja entrever a través de sus pronunciamientos que, el procedimiento de revisión de la RCA del proyecto asociado a calidad de aguas, cuya inspiración se entendía era establecer parámetros más conservadores y rigurosos en términos del comportamiento de la componente, ha sido utilizado en cambio por el Titular como una oportunidad para otorgarle mayor flexibilidad a la hora de establecer los niveles de alerta y consagrar un estándar de calidad peor que el observado históricamente.

En el sentido anterior se manifiesta el siguiente párrafo del Ord N° 335 de 9 de mayo de 2014, al analizar las tablas de los Niveles de Alerta de Calidad de Agua Superficial presentados por el Titular:

“Vistos los valores umbrales asignados a cada uno de los parámetros DAR mostrados en las tablas anteriores, en particular aquellos asociados a los puntos de monitoreo habilitados en la naciente de la subcuenca Río El Estrecho (NE-5 y NE-2A), y en contraste con los registros efectivamente medidos de estos indicadores según la base de datos acompañada por el Titular en su presentación, se observa que estos Niveles de Alerta definidos vienen a establecer una peor calidad de aguas de la que efectivamente ha sido registrada históricamente, lo cual trae como consecuencia definir umbrales que permiten al Titular contar a su favor con una mayor holgura cada vez que se deba evaluar el grado de cumplimiento en materia de hidroquímica de aguas superficiales y su relación con la ejecución del proyecto.

Igualmente sobre estos umbrales, cabe mencionar que, estos han sido establecidos en base a la información de calidad de aguas superficiales registrada por el Titular hasta el periodo 2012. Sin embargo, como bien se explica en el numeral 1 del presente Oficio, durante el periodo 2009-2012 se evidenció una alteración negativa en la calidad de las aguas superficiales del Río El Estrecho con motivo de la ejecución de la etapa de construcción del proyecto Pascua Lama, y por lo tanto su determinación está

⁸ Drenaje Ácido de Roca.

sobrevalorada." (Lo destacado es nuestro).

Ord N° 457 de 7 de agosto de 2015 (Se pronuncia sobre respuesta del Titular de fecha 30 de septiembre de 2014, derivada por el SEA con fecha 24 de marzo de 2015):

En este Oficio nuevamente la DGA observa aspectos tales como la falta de información para los efectos de determinar la línea de base de calidad de aguas, la debilidad de la información entregada, la no fundamentación adecuada de los parámetros monitoreados, y la falta de argumentación en torno a la determinación de los caudales contactados susceptibles de ser remediados, junto con los derechos de aprovechamiento asociados a la operación de la remediación.

Dentro de aquel orden de ideas, el pronunciamiento señala:

"...el Titular presenta la Tabla N°2, la cual hace referencia a la línea base de aguas superficiales a Septiembre 2009 en la línea Río Estrecho/Río Chollay, mostrando valores del estado hidroquímico asociado a una lista completa de parámetros. No obstante ello, el Titular no especifica ni acompaña la base de datos utilizada para construir dicha línea base, ni tampoco detalla la metodología utilizada en su definición. Por lo anterior, se solicita al titular aportar los antecedentes pertinentes para subsanar lo antes observado."

"...Sobre la determinación de la línea base vinculada a la calidad de aguas subterráneas presentes en la zona del proyecto, cuyo objetivo es permitir evaluar en el tiempo la no alteración del estado hidroquímico de la fuente natural subterránea...este Servicio estima que la determinación de la condición base de hidroquímica debe ceñirse al análisis de toda la información disponible, no limitada a una selección discrecional (o no justificada técnicamente)...Por lo tanto, se solicita al Titular reevaluar lo presentado en los términos planteados." (Lo destacado es nuestro).

Sobre los caudales y derechos de aprovechamiento necesarios para la captura total de las aguas de contacto, el pronunciamiento en análisis señala:

"En relación con el análisis requerido al Titular sobre cómo espera sincronizar la operación del Sistema Cortafugas, en términos de la captura total de flujos naturales producidos en la naciente del río del Estrecho (superficial y subterráneos), y las correspondientes autorizaciones de extracción de agua desde fuentes naturales que el Titular debería contar para tales efectos, en la Página N° 22 del Documento, se presenta

la Tabla N°4, en la que se identifican los caudales de aguas de contacto para diferentes períodos de retorno que serían capturados por el referido Sistema. En esa Tabla se definen 2 escenarios extremos: un año seco (definido con una Probabilidad de Excedencia de 50%, con caudales que fluctúan anualmente entre 13 l/s y 34 l/s), y un año húmedo (definido con una Probabilidad de excedencia de 5%, con caudales que fluctúan anualmente entre 5 l/s y 133 l/s).

Así entonces, en virtud de estos caudales simulados, y los caudales como derechos de aprovechamiento de aguas superficiales que el Titular dispone en la primera sección de la Cuenca del Río Huasco, en la Página N° 26 del Documento, el Titular concluye que (Textual) "...Desde el punto de vista sectorial, CMN cuenta con derechos de aprovechamientos de agua suficiente para ejecutar el sistema de gestión y control de las aguas del Proyecto. – Desde el punto de vista de la autorización ambiental, es necesario modificar la resolución de calificación ambiental, como medida dentro de este proceso de revisión, en el sentido de aumentar la captación en los caudales/volúmenes que se indican en esta respuesta, según se trate de años secos o años húmedos. Por lo tanto, el análisis descrito en esta respuesta da cuenta de la forma en que la operación del Sistema Cortafugas y del Sistema de Manejo de Aguas de contacto en general, se encuentra sincronizado, en términos de la captura total de flujos naturales producidos en la naciente del río del Estrecho (superficial y subterráneos), con las correspondientes autorizaciones de extracción de agua.". (Lo destacado es nuestro)

De lo anterior se desprende que, no obstante que el proceso de revisión de la RCA se encuentra asociado a línea de base de calidad de aguas, el Titular pretende también modificar la componente disponibilidad de aguas.

A raíz de aquello, la DGA manifiesta en el pronunciamiento en análisis:

"El Titular omite la predicción y evaluación ambiental del impacto que los mayores aprovechamientos de recurso hídrico serían susceptibles de generar, asunto absolutamente fundamental en el marco de este proceso de revisión. Al respecto, cabe comentar que, en la referida Tabla N°4 el Titular no precisa si los caudales ahí mostrados corresponden a aguas naturales contactadas desde la fuente superficial o de la subterránea (Sistema Cortafugas intercepta la totalidad de los flujos superficiales como también los subterráneos). Ver Minuta DCPRH N° 14/2015 para efectos de orientar la evaluación de impactos derivados del ejercicio de derechos de agua."

En este nivel del pronunciamiento se aprecia una situación análoga a la ya explicada en torno a la modificación del caudal de diseño del Canal Perimetral Norte, producto del evento de colapso, por cuanto la DGA manifiesta, en otras

palabras, que la componente disponibilidad de aguas, a la luz de la forma en que fue subestimado el cálculo hídrico de la cuenca aportante, y la necesidad de contar con una nueva modelación hidrológica, debe ingresar a evaluación al SEIA.

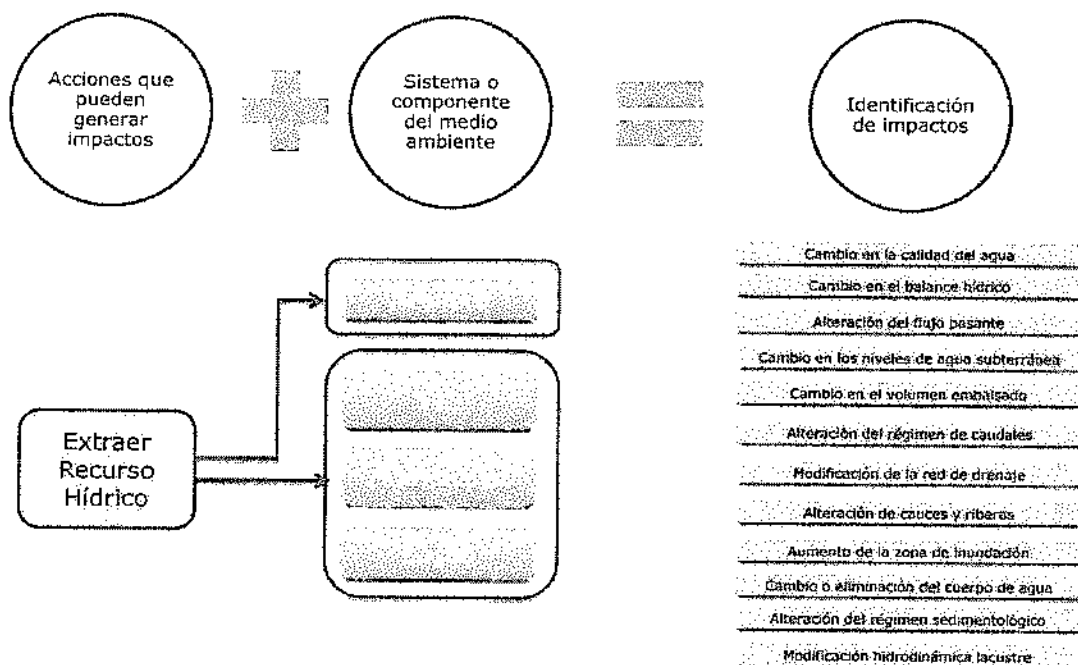
Dentro de aquel orden de ideas, la necesidad de contar con una nueva modelación hidrológica se expresa en el siguiente párrafo del Oficio:

“...atendido al evento de colapso del sistema de manejo de aguas del proyecto minero Pascua Lama, producto de la ocurrencia de un episodio de crecida durante el verano de 2013, en las nacientes del Río Estrecho se produjeron pulsos de flujos de aguas superficiales que superaron sustancialmente los valores máximos mostrados en la serie de caudales simulada en la Figura N° 8.3 del Anexo N° 9, serie que ha sido utilizada por el Titular para desarrollar su modelación hidrológica presentada en esta instancia, y que en particular, ha sido utilizada como base para establecer los caudales máximos de aguas naturales de contacto que esperan ser neutralizadas dentro del recinto minero. Por lo anterior se pide complementar el modelo hidrológico. Más importante aún, se vuelve a enfatizar que, el Titular omite la predicción y evaluación ambiental del impacto que los mayores aprovechamientos del recurso hídrico situación agravada por la posibilidad de que dichas necesidades sean aún mayores que las informadas”. (Lo destacado es nuestro)

Al solicitar una nueva evaluación ambiental de la componente disponibilidad de aguas, la DGA se sostiene, tal como lo podemos observar en los párrafos reproducidos con anterioridad, en la Minuta DCPRH N° 14/2015, elaborada por su Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos.

En lo medular aquel documento instruye sobre los criterios a considerar en el SEIA respecto a la evaluación ambiental del ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, directrices que hacen referencia estrictamente a la ocurrencia de efectos adversos significativos sobre el recurso natural renovable agua, según lo dispuesto en la letra b) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 6 del Reglamento del SEIA.

El listado de potenciales impactos ambientales, derivados del ejercicio de un derecho de competencia de la DGA, y contemplados en la Minuta DCPRH N° 14/2015, se explicita en la Figura de la página siguiente:



Por lo anterior, es indudable que una nueva modelación hidrológica, sumado al ejercicio de derechos de aprovechamiento asociados a la operación del Sistema de Aguas de Contacto, y el establecimiento de un nuevo caudal de diseño para el Canal Perimetral Norte vinculado al Sistema de Aguas de No Contacto, requieren en conjunto un nuevo ingreso al SELA, independiente del proceso de revisión de la RCA del Proyecto sólo asociada a hidroquímica de las aguas, puesto que nos encontramos con impactos a evaluar en torno al balance hídrico, alteración del régimen de caudales, alteración de cauces, etc.

Dentro de otro orden de ideas, y en relación a la modificación de la línea de base de calidad de las aguas, motivo real del procedimiento de revisión de la RCA del Proyecto contemplada en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, la DGA insiste en la debilidad de la información presentada por el titular para establecer la línea de base histórica en su Ord N° 457 de 7 de agosto de 2015:

“Respecto del cálculo de los valores de línea base histórica para efectos de verificar el cumplimiento ambiental de la calidad de las aguas superficiales en la Zona de Seguimiento, en la Tabla 5.1 el Titular propone, para los parámetros representativos del drenaje ácido, los máximos históricos de los parámetros Al, As, Cu, CE, Fe, Mn, SO4 y Zn, y los máximos y mínimos para el pH. Al respecto, este Servicio cumple con observar que, en la documentación entregada no se encuentra una justificación técnicamente fundada para respaldar el uso de tales valores. Especialmente relevante es recalcar que el uso de

valores máximos, evidentemente, no refleja la marcada diferencia estacional y la variabilidad natural de la calidad de aguas en la zona, comportamiento que se desprende de los propios datos aportados por el Titular. En virtud de lo anterior, se solicita al Titular re-formular su propuesta, de manera de que ésta se ajuste adecuadamente a las características intrínsecas de la variable ambiental en evaluación y de que además se condiga con el escenario ambientalmente más desfavorable que la legislación exige. Lo anterior es fundamental para cumplir los objetivos de este proceso de revisión.”. (Lo destacado es nuestro).

En relación a la efectividad de las medidas a implementar para los efectos de remediar las aguas de contacto propuestas por el Titular, la DGA, manifiesta en el pronunciamiento en análisis, que:

“...el Titular enuncia las dos medidas o acciones temporales que se activarían producto de la superación de los umbrales de alerta para la calidad de aguas superficiales, a saber, la “captación de aguas del río del Estrecho y conducción hacia piscinas de acumulación” y la paralización de descarga de la Planta de Tratamiento”. En relación con tales medidas, en la propuesta del Titular no se encuentran elementos técnicos sólidos y concretos que demuestren su efectividad para mejorar y/o reparar la calidad de las aguas, omitiéndose aspectos sustantivos como su forma y oportunidad de implementación, sus indicadores de éxito y sus criterios de desactivación, entre otros. La primera medida, por su parte, no cuenta con una descripción suficiente acerca del punto de captación y la cantidad de recurso hídrico que sería captada, impidiendo evaluar entonces su efecto sobre la hidroquímica del sistema. En consecuencia, se solicita al Titular acompañar los antecedentes que correspondan para subsanar y complementar todos los aspectos indicados.”.

“Respecto del monitoreo de aguas subterráneas y la activación de mediadas, se hace presente que, este Servicio plantea las mismas consideraciones que las planteadas para aguas superficiales pero ajustadas al ámbito de la fuente subterránea (puntos de monitoreo, condiciones de activación, determinación de umbrales, monitoreo de eficiencia de remediación, etc.)...Atendido lo expuesto, este Servicio hace presente que: (1) en la documentación entregada no se encuentra una justificación técnicamente fundada para respaldar el uso del valor umbral propuesto. Especialmente relevante es volver a recalcar que el uso de valores constantes, evidentemente, no refleja la marcada diferencia estacional y variabilidad natural de la calidad de las aguas subterráneas en la zona, comportamiento que se desprende de los propios datos aportados por el Titular. En virtud de lo anterior, se solicita al Titular re-formular su propuesta, de manera de que esta se ajuste adecuadamente a las características intrínsecas de la variable ambiental en evaluación, y de que además se condiga con el escenario ambientalmente más desfavorable que la legislación exige, y (2) en la propuesta del Titular no se encuentran elementos técnicos sólidos y concretos que demuestren la efectividad de la medida para mejorar y/o reparar la calidad de las aguas, omitiéndose aspectos sustantivos como sus indicadores de éxito y sus criterios de desactivación, entre otros. En consecuencia, se solicita al

Titular acompañar todos los antecedentes que correspondan para subsanar y complementar todos los aspectos indicados.”.

Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante la cantidad y magnitud de las observaciones planteadas por la DGA a la propuesta de modificación entregada por el Titular, asociadas a aspectos de fondo tales como la falta de información para los efectos de establecer la línea de base de calidad de aguas y la ausencia de justificación en la configuración de los umbrales de activación de las medidas que se hacen cargo de componente hidroquímica, junto con la no debida acreditación de la efectividad de las mismas, el Servicio de Evaluación Ambiental no ha exigido una respuesta del Titular al contenido del Ord DGA N° 457 de 7 de agosto de 2015, citando a la Comisión Regional de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, con fecha 9 de marzo de 2016, sesión en la cual se aprobó la propuesta de modificación de línea base de calidad de aguas propuesta por el Titular.

Asimismo, no existe conocimiento que se haya llevado a cabo el proceso de Consulta Indígena contemplado en el artículo 85 del RSEIA y en el párrafo IV del Ord SEA. N° 150584, de 25 de marzo de 2015, que *“Imparte instrucciones en relación al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 y al artículo 74 del D.S. N° 40/2012, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.*

A mayor abundamiento aquel instructivo señala en su párrafo IV letras c) y g)

“c) La resolución que se pronuncia respecto de la revisión de la RCA en virtud del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, es una medida administrativa que eventualmente puede tener la capacidad de producir una afectación directa a los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, razón por la cual es necesario determinar si es posible que se produzca algún impacto ambiental significativo del artículo 11 de la Ley N° 19.300 al modificar las condiciones o medidas contempladas en la RCA que fueron establecidas en consideración de las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento y que variaron sustantivamente o no se verificaron.”

“g) Respecto de la revisión en virtud del artículo 25 quinquies de las RCA dictadas antes de la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, igualmente se deberá realizar el análisis de procedencia de consulta a los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, puesto que no obstante no haber estado en vigencia el Convenio N° 169 de la OIT, la resolución que se pronuncia sobre la revisión de la RCA participa de su misma naturaleza, pues de conformidad al artículo 7 del D.S. N° 66/2013 del ministerio de Desarrollo Social, Reglamento General de consulta, es de “aquellos actos formales dictados por los órganos que forman parte de la Administración del estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción”. Por lo tanto, es una medida administrativa respecto de la cual nace la obligación de consultar, siempre y cuando implique la posibilidad de generar

una afectación directa o impacto ambiental significativo a los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas”.

Dentro de aquel orden de ideas, no debemos olvidar que el proceso de 25 quinquies en estudio, justamente se originó a raíz del recurso de protección presentado por Comunidades Indígenas de la cuenca del río Huasco (Comunidad Indígena Diaguita de Placeta; Comunidad Indígena Diaguita Paytepen de Chancoquín Grande, Comunidad Indígena Diaguita Chiguinto y Asociación Indígena Consejo Comunal Diaguita de Guascoalto), en contra de Compañía Minera Nevada SpA y la Comisión de Evaluación Ambiental, Región de Atacama.

Todo lo anteriormente expuesto configura una situación que podría provocar que la Resolución de la Comisión Regional de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama mediante la cual se resuelva el presente proceso de 25 quinquies, sea impugnable a través del recurso de reclamación previsto en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente⁹, o a través de una solicitud de invalidación según lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.¹⁰

⁹ “En contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contado desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental.

Con el objeto de resolver las reclamaciones señaladas en el inciso primero, el Director Ejecutivo y el Comité de Ministros podrá solicitar a terceros, de acreditada calificación técnica en las materias de que se trate, un informe independiente con el objeto de ilustrar adecuadamente la decisión. El reglamento establecerá cómo se seleccionará a dicho comité y las condiciones a las que deberá ajustarse la solicitud del informe.

En el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, el Comité de Ministros deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental.

De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley.

La resolución que niegue lugar o que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, será notificada a todos los organismos del Estado que sean competentes para resolver sobre la realización del respectivo proyecto o actividad.”.

¹⁰ “Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

Conclusión

En consecuencia, en lo que dice relación con el procedimiento de revisión de la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas en conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, hemos encontrado los siguientes puntos relevantes:

1. La DGA, subraya la ilegalidad de una de las obras más emblemáticas del Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto: La denominada Cámara de Captación y Restitución (CCR).
2. La DGA permanentemente deja entrever a través de sus pronunciamientos que, el procedimiento de revisión de la RCA del proyecto asociado a calidad de aguas, cuya inspiración se entendía era establecer parámetros más conservadores y rigurosos en términos del comportamiento de la componente, ha sido utilizado en cambio por el Titular como una oportunidad para otorgarle mayor flexibilidad a la hora de establecer los niveles de alerta y consagrar un estándar de calidad peor que el observado históricamente.
3. Mediante su Ord N° 457 de 7 de agosto de 2015, la DGA observa aspectos tales como la falta de información para los efectos de determinar la línea de base de calidad de aguas, la debilidad de la información entregada, la no fundamentación adecuada de los parámetros monitoreados, y la falta de argumentación en torno a la determinación de los caudales contactados, susceptibles de ser remediados, junto con los derechos de aprovechamiento asociados a la operación de la remediación.
4. Asimismo, mediante el Ord precitado la DGA manifiesta que *“El Titular omite la predicción y evaluación ambiental del impacto que los mayores aprovechamientos de recurso hídrico serían susceptibles de generar, asunto absolutamente fundamental en el marco de este proceso de revisión”*, manifestando que la componente disponibilidad de aguas debe ser nuevamente evaluada ambientalmente.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.”

5. Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante la cantidad y magnitud de las observaciones planteadas por la DGA dentro del procedimiento de revisión de la RCA, asociada a aspectos de fondo tales como la falta de información para los efectos de establecer la línea de base de calidad de aguas, y la ausencia de justificación en la configuración de los umbrales de activación de las medidas que se hacen cargo de componente hidroquímica, junto con la no debida acreditación de la efectividad de las mismas, el Servicio de Evaluación Ambiental ha prescindido del contenido del Ord DGA N° 457 de 7 de agosto de 2015, citando a la Comisión Regional de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, con fecha 9 de marzo de 2016, sesión en la cual se aprobó la propuesta de modificación de línea base de calidad de aguas propuesta por el Titular.
6. Asimismo, no existe conocimiento que se haya llevado a cabo el proceso de Consulta Indígena contemplado en el artículo 85 del RSEIA y en el párrafo IV del Ord SEA. N° 150584, de 25 de marzo de 2015, que *"Imparte instrucciones en relación al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 y al artículo 74 del D.S. N° 40/2012, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental"*.

III. Conclusiones

Tal como lo señalamos en la Introducción del presente Informe, el análisis precedentemente expuesto tuvo como objeto ahondar en la conformidad técnica y legal, desde la perspectiva de los recursos hídricos, del proyecto denominado "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", calificado ambientalmente favorable mediante RCA COREMA Atacama N° 24/ 2006.

Dentro de aquel orden de ideas, nos hemos enfocado en las tres áreas más sensibles del Proyecto en estudio, asociadas al Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto, Impactos sobre los Glaciares, y el Procedimiento de Revisión de la RCA del Proyecto (Artículo 25 quinquies, de la Ley N° 19.300, de Bases de Medio Ambiente), mediante el cual, recientemente se ha acordado modificar aspectos relativos a su línea base de calidad de aguas, esto último vinculado de manera estrecha y prácticamente representando un efecto administrativo directo del evento de colapso del sistema de manejo de aguas del Proyecto, ocurrido a fines del año 2012 y principios del 2013.

A medida que hemos revisado los aspectos críticos en materia hídrica del Proyecto anteriormente expuesto, nos hemos encontrado con serias deficiencias asociadas al levantamiento de línea de base, las cuales no han sido abordadas por el Titular, o pretenden ser resueltas de manera oblicua a través de permisos sectoriales o de un proceso de revisión de la RCA del Proyecto, sólo asociado a los niveles de alerta de calidad de las aguas pero que ha sido utilizado como un medio para regularizar o “blanquear” impactos relacionados con disponibilidad hídrica y modelación hidrológica, cuestiones que por sí solas requieren de un ingreso independiente al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental.

A lo anterior, se añade una reconocida debilidad o casi ausencia de línea base de glaciares, y una modificación de la ingeniería del Sistema de Manejo de Aguas de No Contacto que requiere un nuevo cálculo hidrológico para los efectos de establecer el caudal que debe conducir aquella obra, todo lo cual requiere justamente un nuevo ingreso al SEIA.

En lo relativo al Sistema de Manejo de Aguas, cuestión de absoluta gravedad es que las obras hayan sido autorizadas sectorialmente sin la elaboración del correspondiente Informe Técnico, ni visación de la Dirección de Obras Hidráulicas tal como lo ordena la ley.

En lo que dice relación sólo con el Sistema de Aguas de No Contacto, el Titular ha definido una Fase 1 (Obras provisionales) y Fase 2 (Obras definitivas) en la modificación del Canal Perimetral Norte, que eventualmente ingresaría nuevamente al SEIA.

Lo anterior se desprende del Ord. N° 301, de 31 de julio de 2015, de la SEREMI de Medio Ambiente, Región de Atacama, el cual, en el marco del procedimiento del artículo 25 quinquies de los Niveles de Alerta de calidad de aguas, señala:

“1.- El titular señala que “La Fase 1 forma parte integral del Sistema de Manejo de Aguas actualmente operativo del Proyecto y se mantendrá en operación mientras se ejecute la Fase 2. Cabe señalar que las obras que componen la Fase 1 serán incluidas en el Proyecto que ingresará a evaluación ambiental próximamente, para seguir operando conjuntamente con la Fase 2, más allá del período transitorio de paralización actual. El nuevo diseño será debidamente evaluado en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que CMN ingresará un nuevo instrumento a evaluación. De este modo, como se indicó, la propuesta de revisión que

se presenta en este acto pretende hacerse cargo de los impactos en la etapa intermedia mientras se evalúan y construyen estas obras mayores, las cuales por sus características y naturaleza se han dejado para una evaluación ambiental específica, que se espera iniciar durante el presente año". Al respecto es opinión de esta SEREMI del Medio Ambiente que el actual proceso de revisión de la RCA N° 24/2006, según el artículo 25 quinquies, no busca solo hacerse cargo de los impactos en la etapa intermedia, aun cuando sea requerida una posterior evaluación ambiental específica por nuevas obras. Dado lo anterior se debe hacer entrega en el actual proceso de revisión de la RCA una propuesta a largo plazo, que si bien requerirá necesariamente una evaluación ambiental de las obras principales, se deberá establecer claramente los plazos esperados de presentación al SEIA, obras o procedimientos mayores afectos a dicha medida y una carta Gantt acorde a la urgencia de ingreso al SEIA.

Cabe señalar que al momento de evaluar ambientalmente dichas modificaciones mayores se deberá dar revisión completa a todo el sistema de manejo de aguas del proyecto, independientemente de los acuerdos en el presente proceso de revisión de RCA. Dicha medida se enfoca a dar mayor seguridad de mantener una evaluación integral del sistema de manejo de aguas del proyecto.

Complementariamente es opinión de esta SEREMI del Medio Ambiente que el titular no podrá operar nuevamente el proyecto hasta tener aprobadas todas las Resoluciones de Calificación Ambiental asociadas a las nuevas obras con las cuales se asegure un óptimo cumplimiento en el largo plazo de las medidas que aseguren el adecuado manejo de las aguas de contacto del proyecto. Al respecto se debe tener en cuenta que no se puede pretender mantener una incertidumbre respecto a tener una etapa intermedia, la cual podría en caso de no obtener una evaluación ambiental favorable, transformarse a una etapa permanente. Por dicha razón se deberá hacer entrega en este proceso medidas que aseguren un manejo de largo plazo y el listado de obras que deberán ingresar al SEIA, pudiendo reiniciar el proyecto solo una vez se tenga el permiso ambiental (RCA) de las nuevas obras del proyecto Pascua Lama". (Lo destacado es nuestro)

Sobre lo anterior, debemos señalar que justamente el precitado Ord. N° 301, de 31 de julio de 2015, tampoco fue considerado por el SEA Atacama al momento de llevar a votación el proceso de 25 quinquies estudiado, con lo cual las observaciones contenidas en aquel, la mayoría en la línea de los pronunciamientos DGA, también quedaron sin respuesta por parte del

Titular.

Sin embargo, el aporte que se observa en el pronunciamiento de la SEREMI del Medio Ambiente, es justamente constatar la necesidad que ingresen al SEIA *todo el sistema de manejo de aguas del proyecto*, y no solo las obras asociadas a la Fase 1 de las aguas de no contacto, tal como lo propone el Titular, no especificando tampoco bajo que instrumento ingresará a evaluación ni cuándo con exactitud.

En relación con aquello, y tal como lo hemos manifestado durante el desarrollo del presente Informe, entendemos que todo el Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto debe entrar a evaluación ambiental, idealmente con todas las componentes hídricas sobre las cuales se ha observado una evidente debilidad y ausencia de línea de base (Glaciares), mediante el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental que proceda a actualizar el Proyecto.