

MAT.: 1. Solicita se tengan presente las consideraciones que se indican relativas a la clasificación de gravedad y circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LO-SMA”).

2. Solicita se tengan por acompañados los documentos que se indican.

ANT.: Res. Ex. N°1/ROL D-099-2020

REF.: Expediente Sancionatorio N°D-099-2020.

Sr. Juan Pablo Johnson
Fiscal Instructor
Presente

Patricio Leyton Florez apoderado de Minera Escondida Ltda. (“Escondida”), en el procedimiento sancionatorio rol D-099-2020 de esta Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), en conformidad con lo establecido en los artículos 10, 17 f) y 35, todos de la Ley N°19.880, vengo a realizar una serie de precisiones a los descargos presentados en el improbable caso que se descarten dichas alegaciones sobre la improcedencia de configurar la infracción imputada atendidos los antecedentes de la evaluación del proyecto “Lixiviación de óxidos de cobre y aumento de la capacidad de tratamiento de mineral sulfurado” (“Proyecto”) aprobado mediante la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) N°1/1997 y, en cambio, se decida determinar y proponer la imposición de una sanción al Superintendente del Medio Ambiente.

Para mayor claridad, esta presentación se estructura en las siguientes secciones y subsecciones: 1. Sobre la clasificación de gravedad de la infracción imputada y, 2. Sobre la determinación de la sanción, la que se subdivide en los títulos 2.1. Sobre la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA y 2.2. Sobre el valor de seriedad de la infracción.

1. Sobre la clasificación de gravedad de la infracción imputada

En la Res. Ex. N°1/Rol D-099-2020 se clasificó preliminarmente la infracción como grave por aplicación del artículo 36 N°2 e) de la LO-SMA. Tal como se señaló en los descargos, dicha gravedad no procede no solo porque no se ha ocasionado infracción alguna, sino también porque no se han producido efectos negativos ya sea en la vegetación y la fauna, así como tampoco existen efectos hídricos atribuibles a Escondida en la zona de las vegas de Tilopozo.

Tales afirmaciones han sido respaldadas y complementadas a lo largo de este procedimiento sancionatorio. Cabe destacar por un lado, la presentación ingresada el 2 de noviembre del 2020 en el que se acompañó el informe técnico “Evolución temporal de la vegetación presente en las vegas de Tilopozo” elaborado por el Centro de Ecología Aplicada, donde se realizó una caracterización histórica de la zona de las vegas de Tilopozo y un análisis de la evolución de la fauna y no se detectaron cambios estadísticamente relevantes o efectos adversos en ninguna de las variables.

Por otro lado, también cabe relevar la presentación ingresada el 22 de diciembre de 2020 en que se acompañó el informe técnico “Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera Escondida en Monturaqui son o no notorios en la zona de vegetación en las vegas de Tilopozo” elaborado por el Ingeniero Civil Pedro Rivera Izam especializado en gestión del agua e hidrología cuyo currículum vitae (“CV”) se acompaña. Este informe, entre otras cuestiones, abordó tanto la efectiva reducción de niveles observados, como el uso de la herramienta de simulación del modelo extendido 2018¹ y determinó que en ningún punto de la zona de las vegas de Tilopozo se aprecia un descenso que supere el umbral de 25 cm y que el efecto piezométrico de la extracción de Escondida no ha llegado a dicha zona.

A mayor abundamiento, dicho informe estableció fehacientemente que el efecto hídrico de las extracciones de Escondida no solo se encuentra aún lejos de alcanzar la zona de las vegas de Tilopozo, sino que inclusive ni siquiera ha alcanzado a los pozos (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT2 o D6) que fueron considerados en el cargo imputado en el presente procedimiento sancionatorio. En específico, se determinó que el borde del cono de depresión generado exclusivamente por el bombeo desde Monturaqui se encontraría entre Negrillar y el pozo DGA-4.

Por su parte, el tercero interesado “Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños” (“el Consejo”) en su escrito de fecha 7 de septiembre del 2020 alegó que

¹ Cabe enfatizar que esta herramienta fue validada por la DGA en el contexto de la evaluación del proyecto Monturaqui, tal como la propia SMA afirma en su formulación de cargos (considerando 17 de la Res. Ex. N°1/ROL D-099-2020).

la infracción debe ser recalificada como gravísima, atendido que los hechos se vendrían reiterando desde el año 2005 y en aplicación del artículo 36 N°1 g), el cual señala que:

“Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente:” (...)

“g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo” (énfasis agregado).

Tal alegación es errada por diversas razones. En primer lugar, no se ha ocasionado ninguna infracción desde el año 2005, al sustentarse tal reproche en una errada interpretación de las obligaciones establecidas en la RCA de Escondida que atribuye un umbral de disminución máxima del nivel freático de 25 cm a una serie de pozos (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2) en que tal umbral no resulta exigible.

Además, en segundo lugar, tal juicio prescinde de los requisitos legales necesarios para la aplicación de la clasificación de gravísima a la que se alude. En síntesis, conforme al artículo 36 N°1 g) una infracción será clasificada como gravísima si, y solo si, se satisfacen los siguientes supuestos:

- (i) El autor cometió y fue sancionado previamente por los mismos hechos.
- (ii) Tales hechos fueron clasificados previamente como graves en conformidad con la LO-SMA.

En consecuencia, para que proceda la calificación de gravísima conforme a la causal aludida por el Consejo, los hechos deben haber sido estimados como graves de manera definitiva en una resolución sancionatoria anterior, habiendo mediado un procedimiento sancionatorio.

Tales circunstancias no concurren en el caso de Escondida, pues a nuestra representada nunca siquiera se le habían formulado cargos previamente por estos hechos, menos aún ha sido sancionada por los mismos y, en consecuencia, tampoco se clasificó en un procedimiento anterior la supuesta infracción como grave, vale decir, no se configuran los supuestos (i) y (ii).

En definitiva, por los argumentos ya señalados no cabe mantener la clasificación de grave, ni recalificar la infracción imputada como gravísima como sugiere el Consejo y, en el improbable caso que se descarte absolver de la misma, esta debe ser reclasificada como leve de conformidad a lo establecido en el artículo 36 N°3 de la LO-SMA.

2. Sobre la determinación de la sanción

Una vez establecida la gravedad aplicable a una infracción, la determinación de la sanción debe realizarse a través de la aplicación de las circunstancias moduladoras de responsabilidad ambiental enlistadas en el artículo 40 de la LO-SMA. Tal ejercicio ha sido operativizado por la SMA mediante la aplicación del documento Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (“Bases Metodológicas SMA”)².

Por ello, en los siguientes acápite desarrollamos los criterios que estimamos deben ser atendidos por la SMA según las circunstancias del caso concreto al realizar dicho ejercicio siguiendo algunos de los lineamientos establecidos en las Bases Metodológicas SMA.

2.1. Sobre la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA

I. Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40 a) LO-SMA)

De acuerdo con el literal a) del artículo 40 de la LO-SMA al determinar una sanción ambiental cabe considerar la importancia del daño causado o del peligro ocasionado. A su vez, en las Bases Metodológicas SMA se precisa que esta circunstancia se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida y su ponderación corresponde siempre que se genere un menoscabo o afectación atribuible a la infracción o, al menos, la producción de un peligro concreto de tal afectación al medio ambiente.

Escondida no ha ocasionado daño alguno, ya sea menoscabo al medioambiente o generando afectación a la salud de las personas, por lo que, en consecuencia, no procede ponderar esta circunstancia.

En particular, en lo que dice relación con la afectación al medio ambiente, tal como se deduce del Informe Técnico “Evolución temporal de la vegetación presente en las vegas de Tilopozo” elaborado por el Centro de Ecología Aplicada, tanto las variables de flora como de fauna se han comportado respectivamente de manera favorable y estable.

Esto último, atendido que las formaciones que dependen directamente de los niveles freáticos superficiales cuya disminución se reprocha en el cargo, se han mantenido e incluso aumentado levemente sus áreas en el tiempo. A su vez, del análisis de los

² SMA, Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, 2017, aprobada mediante Resolución Exenta N°85/2018 de la SMA.

monitoreos históricos de fauna fue posible corroborar que los valores de riqueza y abundancia se han mantenido de forma estable.

Por otro lado, en lo que se refiere a la disminución hídrica, tal y como se aborda en el informe “Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera Escondida en Monturaqui son o no notorios en la zona de vegetación en las vegas de Tilopozo”, los efectos piezométricos de la extracción de Escondida no han alcanzado la zona de las vegas de Tilopozo, de hecho, ni siquiera han arribado a los pozos de monitoreo considerados en la formulación de cargos (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT2 o D6).

Atendido lo anterior, cabe concluir que los cambios evidenciados en el medioambiente hasta la fecha se enmarcan en lo evaluado y aprobado ambientalmente, por lo que no procede aplicar esta circunstancia.

En el mismo sentido, tampoco cabe considerar que se ha ocasionado un riesgo concreto o peligro en uno o más receptores del medio ambiente que amerite una intensificación del castigo o reproche siquiera. Ello pues, por un lado, el cono de depresión de las extracciones de Escondida se propaga conforme a lo pronosticado ambientalmente y, por el otro, atendido el comportamiento de las variables flora y fauna, no hay efecto alguno respecto de ellas, por lo que la ocurrencia de un efecto adverso no se ha vuelto más probable.

II. Número de personas cuya salud pudo afectarse (artículo 40 b) LO-SMA)

Esta circunstancia se relaciona con la anterior (artículo 40 a) LO-SMA), pues también permite ajustar la sanción respectiva si a propósito de la desviación se ha ocasionado un riesgo, pero en el caso particular de este literal tal peligro debe dirigirse a un receptor específico y aspecto particular, esto es, a la población humana y su salud.

En este caso, tanto por la naturaleza de la infracción imputada, como porque no hay antecedentes allegados al expediente sancionatorio que permiten vincular siquiera tentativamente la infracción imputada con algún efecto en la salud de población, cabe desestimar la aplicación de esta circunstancia.

Por lo demás, no procediendo la aplicación del literal a) del artículo 40 de la LO-SMA, lógicamente tampoco procede ponderar la circunstancia b).

III. Intencionalidad y grado de participación (artículo 40 d) LO-SMA)

De acuerdo con el literal d) del artículo 40 de la LO-SMA corresponde que una sanción ambiental refleje, por un lado, si la falta fue cometida con intencionalidad (o no) y, por el otro, el grado de participación en el hecho que se atribuye al sujeto sancionado.

a. Intencionalidad

En relación con la intencionalidad, la SMA ha distinguido entre la intencionalidad a propósito de la configuración de las infracciones y aquella relevante para la determinación de la sanción. La primera se satisface con la falta de cuidado o diligencia explicitada en las respectivas normas imputadas como infringidas, vale decir, se construye como culpa infraccional. En cambio, la intencionalidad relevante para la determinación de una sanción, que es a la que nos referiremos aquí, es propiamente volitiva o subjetiva, vale decir, se asimila en términos prácticos al dolo y no cabe su aplicación si se actuó de manera culpable o negligente.

En la misma línea, la Corte Suprema³, ha sostenido que:

“Décimo sexto: (...) La intencionalidad es aquella circunstancia que pretende determinar si el infractor realizó la contravención con dolo o culpa. El dolo es *“el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado de la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como una consecuencia de la actuación voluntaria”* (Cury, ob. cit., pág. 303). La intencionalidad constituye un parámetro que sirve para agravar el castigo, cuando la infracción ha sido cometida de manera consciente”.

Décimo séptimo: Que el análisis de la intencionalidad y su magnitud pasa por el conocimiento de la norma por parte del infractor, de la conducta misma y de sus alcances jurídicos, de manera que ella se configura cuando pueda imputarse al sujeto el conocimiento preciso de sus obligaciones y que su conducta se realiza en contravención a ellas” (énfasis agregados).

Además, la SMA a propósito de esta circunstancia ha enfatizado en la práctica tanto las características del sujeto infractor como del instrumento infringido. Así, se ha utilizado vastamente el concepto de sujeto calificado, esto es, un agente que atendido su grado de organización y experiencia, se encuentra en una mejor posición para evitar infracciones ambientales.

³ Corte Suprema, “Endesa con Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N°17.739-2016, considerandos décimo sexto y décimo séptimo (Bocamina II).

En este caso si bien Escondida es un sujeto calificado, esa mera circunstancia no constituye una razón suficiente para sostener que, por tanto, el pretendido incumplimiento de la RCA N°1/1997 es intencional.

Uno de los principios orientadores de la determinación de sanciones es que la sanción debe considerar las circunstancias específicas del caso y del infractor⁴, esto supone considerar todas las circunstancias y no sólo, el carácter de calificado del sujeto imputado. Cuestión de importancia pues concurren circunstancias que son tanto o más importantes para la consideración de la voluntad de Escondida en la supuesta comisión de la infracción imputada.

En tal sentido, es importante considerar que Escondida ha manifestado de manera pública a lo largo de más de 20 años, sin ribetes, y sin importar la sede en la que se haya encontrado, que su entendimiento del compromiso del cumplimiento de lograr una disminución del nivel freático que no supere los 25 cm, se circunscribe a la zona de las vegas de Tilopozo y no se extiende a los pozos que se consideraron en la formulación de cargos.

En específico, tal entendimiento se ha manifestado, al menos:

- i) Durante la evaluación ambiental que originó la obligación.
- ii) En los reportes generados a propósito del seguimiento del Proyecto.
- iii) En las presentaciones realizadas a la Dirección General de Aguas (“DGA”) a propósito del Plan de Alerta Temprana Monturaqui-Negrillar-Tilopozo (“PAT-MNT”).
- iv) Durante la evaluación ambiental del proyecto Monturaqui y
- v) Ante la propia SMA tanto antes del inicio de este proceso sancionatorio como durante el mismo.

Todo lo cual demuestra que el entendimiento de las obligaciones de Escondida se ha mantenido invariable y, por tanto, que nunca la intención de mi representada ha sido la de incumplir, por lo que no procede que se intensifique la sanción aplicando la circunstancia moduladora de intencionalidad.

En primer lugar, a propósito de la evaluación ambiental que originó la obligación (i), cabe recordar que por la naturaleza del procedimiento de evaluación el contenido de las obligaciones, medidas, y compromisos presentes en la RCA N°1/1997, son establecidas

⁴ Bases metodológicas SMA, p 29.

a propuesta e iniciativa del Titular, por lo que Escondida se encuentra en una posición favorecida para dar cuenta de los objetivos buscados en su diseño.

En tal sentido, es importante notar que en diversas secciones del expediente de la evaluación ambiental del Proyecto⁵ resulta palmario que el umbral de 25 cm se constituyó como un estándar exigible para la zona de las vegas de Tilopozo; dependientes del nivel freático del acuífero, pues la finalidad del establecimiento de dicho umbral era asegurar la estabilidad de la vegetación hidrófila presente en la zona de las vegas de Tilopozo.

Además, en consonancia con lo anterior y tal como fue extensamente tratado en el escrito de descargos⁶, el programa de monitoreo propuesto por Escondida en la evaluación ambiental⁷ da cuenta de la misma comprensión, indicando que parte de los puntos de monitoreo⁸ considerados en la formulación de cargos (que no se ubican en la zona de las vegas de Tilopozo), esto es, TP-1, TP-2 y, TP-3, responden a un objetivo distinto, a saber, la variación en el flujo pasante y la cuña salina.

En segundo lugar, también es posible constatar que el entendimiento de la obligación por parte de Escondida ha sido manifiesto durante toda la etapa de ejecución del Proyecto (ii). Por un lado, Escondida ha reportado de forma periódica a través del PAT-MNT, el cumplimiento de las condiciones ambientales para el ejercicio de sus derechos de aguas, entre ellas, la no superación del umbral de 25 cm en la zona de las vegas de Tilopozo.

Es decir, Escondida ha informado la observancia de este límite de disminución máxima del nivel freático, considerando la información observada en un área específica, a saber, en la zona de las vegas de Tilopozo por cerca de 20 años. Tanto es así, que a partir del año 2010 Escondida comenzó a reportar que respecto del pozo SAT-2 (considerado en la formulación de cargos), el descenso se habría estabilizado en torno a los 30 cm⁹, sin que ello implicara que el umbral de 25 cm había sido sobrepasado.

Por otro lado, Escondida también ha informado el cumplimiento de la obligación en los mismos términos ya descritos, a través de los informes anuales de seguimiento de su

⁵ El umbral se fundamenta únicamente en que la vegetación de la zona de las vegas de Tilopozo “podrían soportar una disminución del nivel freático de alrededor de 25 cm, sin que esto implique una extinción local de las poblaciones”; Expediente EIA, Capítulo 1, Resumen Ejecutivo, a fojas 615. En este mismo sentido, ver: i) Capítulo 1, Resumen Ejecutivo, a fojas 86 - 91; ii) Expediente EIA, Capítulo 10 “Análisis de Impacto Ambiental, Medidas de Mitigación y Valoración de Impactos”, a fojas 380 – 388; iii) Expediente EIA, Apéndice B- Estudio de la Respuesta al Stress Hídrico de las Plantas del Sector Sur del Salar de Atacama”, preparado por Centro de Ecología Aplicada Ltda., septiembre de 2016, a fojas 570.

⁶ Sección IV.2.5 del escrito de descargos, páginas 16 a 24.

⁷ EIA, capítulo 12, programa de monitoreo ambiental, Tabla 12.5-1 “Monitoreo Tilopozo”.

⁸ El punto de monitoreo restante SAT-2 o D6 no formó siquiera parte del plan de seguimiento considerado en el seguimiento de la RCA N°1/1997.

⁹ Plan de Alerta Temprana para el acuífero Monturaqui-Negrillar-Tilopozo. Revisión de los Datos de Monitoreo. Informe N°11. Revisión hasta fines de 2011. Febrero 2012. Minera Escondida Ltda. página 11.

RCA, los cuáles han sido presentados ante las distintas autoridades ambientales que han detentado la potestad de fiscalización.

En tercer lugar, el entendimiento de la obligación por parte de Escondida también se manifestó en presentaciones ante la DGA (iii). En particular, con ocasión de un requerimiento de información efectuado por dicho organismo sectorial¹⁰ el año 2018, el cual tenía por objetivo determinar si los descensos -superiores al umbral de 25 cm- en la unidad del acuífero Monturaqui-Negrillar-Tilopozo (pero, fuera de la zona de las vegas de Tilopozo) se ajustaban a lo establecido en el PAT-MNT aprobado el año 2001, el Titular acompañó dos presentaciones.

En ambas presentaciones Escondida fue consistente en señalar que el cumplimiento del umbral de 25 cm debía verificarse en la zona de las vegas de Tilopozo. En la primera respuesta remitida con fecha 7 de mayo de 2018¹¹, Escondida sostuvo haber dado un cabal cumplimiento del PAT-MNT, en conformidad a lo evaluado ambientalmente, pues los descensos mayores de 25 cm se verificaron en zonas donde no era exigible, en cambio, donde sí era vinculante, (la zona de las vegas de Tilopozo) se habría dado observancia irrestricta de este umbral.

Por su parte, en la presentación complementaria enviada a la DGA el 17 de julio de 2018¹²; se afirmó que el umbral de 25 cm debía cumplirse en la zona de las vegas de Tilopozo y en el entendimiento que respecto de los otros puntos de monitoreo -ubicados aguas arriba de la zona de vegas-, no se habían fijado umbrales máximos de descenso de nivel freático, se acompañó una propuesta de umbrales para dicha área del acuífero.

En cuarto lugar, también es posible constatar el mismo entendimiento de la obligación e intención de actuar conforme a derecho por parte de Escondida, durante la tramitación del Proyecto Monturaqui (iv). Si bien dicha evaluación fue finalmente desistida, las iteraciones del Titular con las autoridades evidencian que, todas las expresiones de las actitudes volitivas de Escondida se orientaban a que el umbral de 25 cm era exigible en la zona de las vegas de Tilopozo.

Mediante dicha evaluación Escondida buscaba extender la extracción en el tiempo, en el cabal entendido que no se había generado desviación alguna. A mayor abundamiento, durante la evaluación Escondida acompañó antecedentes conforme a los cuales resultaba evidente que los descensos freáticos en los puntos de monitoreos TP-2 y TP-3 (ambos

¹⁰ Ord. N°131/2018, de fecha 06-04-2018.

¹¹ Acompañado en el Anexo 2 del escrito de descargos.

¹² Acompañado en el Anexo 3 del escrito de descargos.

ubicados fuera de la zona de vegas y considerados en la formulación de cargos) alcanzaban el valor de 25 cm (TP-2)¹³ o lo superarían en el futuro (TP-3)¹⁴.

En tal sentido, es claro que para Escondida el sector donde cabía cumplir la obligación del umbral de 25 cm no incluía los puntos de monitoreo TP-2 y TP-3, por lo que atribuirle una intención maliciosa, fraudulenta o dolosa en relación con la superación en tales puntos es inconsistente con la actitud manifestada durante la evaluación.

En la misma línea, a propósito de las consultas de la autoridad en la Adenda N°1, Escondida clarificó que el umbral de 25 cm se reputaba específicamente respecto de la zona de vegas de Tilopozo¹⁵. Adicionalmente, explicó que se utilizaba la posición del punto H (ubicado en la zona de vegas de Tilopozo), para evaluar la variación del nivel de agua subterránea¹⁶.

En este contexto, cabe destacar que las consultas realizadas por la autoridad en dicha evaluación denotaban que su comprensión de la obligación vigente del umbral de 25 cm también se reputaba respecto de la zona de vegas de Tilopozo, así por ejemplo se evidencia en el siguiente extracto de una de las observaciones del Servicio de Evaluación Ambiental plasmadas en el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (“ICSARA”) complementario al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Monturaqui, :

“[...] Se debe considerar en este análisis una evaluación del criterio de los 25 cm (punto H ubicado en la zona de vegas de Tilopozo), utilizado con el fin de analizar la variación del nivel de agua subterránea en el sector de las vegas de Tilopozo y el efecto en la vegetación”¹⁷ (énfasis agregado).

A mayor abundamiento, cabe resaltar que el mismo entendimiento es compartido de manera manifiesta por otros actores. Así, por ejemplo, la Compañía Minera Zaldívar (“CMZ”) de manera consistente durante su evaluación ambiental en curso (proyecto “Continuidad Operacional Compañía Minera Zaldívar”) ha sostenido que la zona de verificación del umbral de 25 cm es el sitio H ubicado en la zona de vegas de Tilopozo y

¹³ Evaluación ambiental proyecto Monturaqui, Adenda, respuesta a pregunta 15, páginas 83 y 84.

¹⁴ Evaluación ambiental proyecto Monturaqui, Adenda complementaria, respuesta a pregunta 2, página 103.

¹⁵ Evaluación ambiental Proyecto Monturaqui, Adenda N°1, respuesta a pregunta 15, página 88.

¹⁶ Evaluación ambiental proyecto Monturaqui, Adenda, preguntas N°11.7 y 12.25, páginas 255 y 325.

¹⁷ Evaluación ambiental proyecto Monturaqui, ICSARA complementario al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Proyecto Monturaqui”, sección vegetación y flora, consulta N°5.

que su superación no se ha verificado hasta la fecha^{18-19-20 y 21}, vale decir, ha manifestado una comprensión de las obligaciones que se alinea en lo pertinente con la de Escondida.

Finalmente, en quinto lugar, Escondida ha manifestado consistentemente en las diversas presentaciones que ha realizado a la SMA que el entendimiento de la zona donde se aplica la obligación relativa al umbral de 25 cm (v), tanto antes como ya iniciado este procedimiento sancionatorio.

Es así como, por ejemplo, en la presentación que se ingresó a la SMA, previo a la formulación de cargos y en respuesta a los requerimientos realizados en el acta de inspección del 18 de abril de 2018, se acompañó una Minuta Técnica²² que tenía por objeto dar cuenta de los monitoreos históricos de los puntos TP-1, TP-2, TP-3, SAT-2, y el punto H, Escondida expresó que tales puntos de observación responden a finalidades precisas.

Es así como los puntos TP-1, 2 y 3 corresponden a puntos de control de la cuña salina, aguas arriba de la zona de vegas y si bien en tales puntos, al igual que en SAT-2/D6 se obtiene información de nivel freático, tal información es utilizada para mejorar el modelo de flujo que es una herramienta predictiva del PAT-MNT, no así para controlar el umbral de 25 cm.

Además, el Titular señaló que debido a los problemas de representatividad que el punto H ha generado durante la ejecución del Proyecto, se incorporaron al PAT-MNT una serie de punteras alrededor del punto H y son estas, las que miden el nivel freático subterráneo en la zona de vegas.

En definitiva, Escondida ha expresado de diversas formas y en distintas sedes un entendimiento consistente sobre el contenido y alcance de sus obligaciones, en relación con la extracción de aguas desde Monturaqui y el umbral de 25 cm.

Atendido dicho entendimiento que tan públicamente se ha manifestado no corresponde sostener que se haya actuado con dolo, sino que por el contrario, que la intención unívoca de mi representada siempre ha sido actuar conforme con el contenido establecido en la

¹⁸ Evaluación ambiental proyecto Continuidad Operacional Compañía Minera Zaldívar, Estudio de Impacto Ambiental, Capítulo 5, páginas 5-13 y 5-17

¹⁹ Evaluación ambiental proyecto Continuidad Operacional Compañía Minera Zaldívar, Estudio de Impacto Ambiental, Capítulo 4, páginas 4-31, 4-37 y 4-53.

²⁰ Evaluación ambiental proyecto Continuidad Operacional Compañía Minera Zaldívar, Adenda, , páginas 225, 241, 247, 393 y 394.

²¹ Evaluación ambiental proyecto Continuidad Operacional Compañía Minera Zaldívar, Adenda complementaria, , páginas 2, 235, 398, 403, 420 y 455.

²² Minuta incorporada en el expediente DFZ-2019-309-II-RCA, específicamente en el Anexo N°7.

RCA N°1/1997, por lo que debe descartarse la aplicación de la circunstancia moduladora de intencionalidad.

b. Grado de participación

En lo que respecta al grado de participación, esta circunstancia se refiere al rol que cabe atribuir en la comisión de la infracción a quién fue imputado por la SMA, pues no corresponde sancionar del mismo modo a quién es el autor, coautor o mero colaborador en la comisión de una infracción.

Al respecto, cabe reiterar que Escondida no es el autor de la infracción imputada, pues la SMA erró en el área en que resulta exigible la obligación en cuestión. Pero más allá de ello, atendido que lo sustantivamente reprochado es la generación de una disminución freática, cabe considerar que, tal como se expone detalladamente en el informe técnico “Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera Escondida en Monturaqui son o no notorios en la zona de vegetación en las vegas de Tilopozo”, las extracciones se han realizado desde tres sectores y por tres agentes distintos; Escondida desde 1998 hasta diciembre de 2019 en el sector de Monturaqui, la CMZ desde 1994 y hasta la actualidad en la zona de Negrillar, y por la Sociedad Chilena del Litio (hoy Albemarle) desde 1997 y hasta el presente desde un área próxima a la zona de vegas de Tilopozo.

De hecho, la propia evaluación ambiental del Proyecto que definió la condición que la SMA estima infringida consideró la extracción de CMZ en un monto máximo de 400 l/s hasta el año 2015. Escenario de autorizaciones que varió ostensiblemente a lo largo del tiempo, tanto porque se aprobaron nuevas extracciones (*v.gr.*: Albemarle) las que por su naturaleza afectan las condiciones que Escondida debe resguardar, como porque se extendió el bombeo por parte de CMZ a después del año 2015 hasta el 2025, encontrándose incluso ahora en curso una evaluación en curso sobre la materia (proyecto “Continuidad Operacional Compañía Minera Zaldívar”).

Todas estas circunstancias confluyen en el análisis de grados de participación que le corresponde realizar a la SMA a propósito de esta circunstancia, en especial si como se señala en el ya mencionado informe técnico, la reducción de niveles piezométricos atribuibles a Escondida no ha alcanzado a la fecha la zona de vegetación, ni tampoco los pozos considerados en la formulación de cargos (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2/D-6).

En definitiva, atendido que la evidencia indica que el efecto hídrico de Escondida no ha llegado a los pozos considerados en la formulación de cargos, no corresponde aplicar esta circunstancia atribuyendo participación de manera alguna a Escondida.

IV. Conducta anterior (artículo 40 e) LO-SMA)

A través de esta circunstancia se valora el desempeño que el presunto infractor ha demostrado antes de la ocurrencia del hecho que es objeto del procedimiento sancionatorio.

En tal sentido, si existe un historial de incumplimientos en la unidad fiscalizable imputada, tal comportamiento se valora negativamente, aplicándose un factor de incremento a la sanción. Por el contrario, si el imputado posee una irreprochable conducta anterior se valora tal circunstancia positivamente y corresponde aplicar un factor de disminución.

En este caso debe descartarse la aplicación de una conducta anterior negativa y, en cambio, considerar la procedencia de una irreprochable conducta anterior. Ello pues, Escondida no ha sido hasta la fecha objeto de una sanción por parte de la SMA.

A su vez, en lo que respecta a la aplicación de esta circunstancia como irreprochable conducta anterior y en línea con lo señalado en las Bases Metodológicas SMA²³, cabe destacar que la unidad fiscalizable Minera Escondida:

- i) No ha tenido una conducta anterior negativa.
- ii) No ha obtenido la aprobación de un programa de cumplimiento en un procedimiento sancionatorio anterior.
- iii) No ha subsanado un incumplimiento en sede de corrección temprana que haya sido nuevamente constatado en una posterior fiscalización.

Además, tal como la doctrina especializada ha sostenido previamente, el uso de la irreprochable conducta anterior debe realizarse de manera consistente con el conjunto de garantías y principios del Derecho Penal aplicables al procedimiento administrativo sancionatorio, tales como la tipicidad, legalidad, *non bis in ídem*, irretroactividad, *indubio pro-reo* y el principio de inocencia²⁴.

En tal sentido, no correspondería que se desestimase la aplicación de esta circunstancia favorable arguyendo que, en los términos ocupados en la formulación de cargos, el hecho imputado corresponde a un comportamiento “*permanente en el tiempo desde el año 2005*”²⁵.

²³ Bases Metodológicas SMA, p 42.

²⁴ Avilés, Sebastián. Nuñez, Máximo y Villanueva, José. El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente. En: Revista de Derecho Ambiental, Año V N°7, p 181.

²⁵ Res. Ex. N°1/Rol D-099-2020, resuelvo 1.1.

Ello pues, en el año 2005 la SMA ni siquiera existía, por lo que la consideración de tal periodo en el análisis de esta circunstancia viola flagrantemente la legalidad. En esa misma línea, se ha manifestado la jurisprudencia ambiental de manera reciente, precisamente a propósito de la ponderación de la circunstancia de conducta anterior,

“el cambio de régimen sancionatorio constituye un elemento relevante al momento de ponderar la conducta previa, ya desde el punto de vista del principio de legalidad, así como del principio de irretroactividad in pejus, no podría ponderarse en un procedimiento regido por un nuevo estatuto legal, antecedentes anteriores a él”²⁶. (énfasis agregado)

Asimismo, tal interpretación también infringiría el principio de inocencia, conforme al cual los imputados tienen derecho a que:

“se considere que su comportamiento se ajusta a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, salvo que exista un pronunciamiento del Estado, alcanzado tras un procedimiento respetuoso de las garantías fundamentales del regulado, que determine lo contrario”²⁷⁻²⁸ (énfasis agregado).

No corresponde que por hechos que están siendo investigados y conocidos en un procedimiento sancionatorio, en ese mismo procedimiento sancionatorio se considere tales hechos como parte de un historial de incumplimientos anteriores, si tal comportamiento nunca fue, previo procedimiento respetuoso de las garantías fundamentales, sancionado por la autoridad competente.

En definitiva, corresponde que en el presente caso se valore la irreprochable conducta anterior de Escondida y se aplique el factor de disminución.

V. Cooperación en la investigación y/o el procedimiento (artículo 40 i) LO-SMA)

Mediante esta circunstancia la SMA valora las contribuciones que el presunto infractor ha realizado durante la investigación y/o durante el procedimiento sancionatorio para lograr el esclarecimiento de los hechos, circunstancias y/o efectos imputados.

²⁶ Segundo Tribunal Ambiental. 14.4.2021, Rol R N°208-2019, prevención Ministro Ruiz.

²⁷ *Ibid*, p 186.

²⁸ En un sentido similar, Osorio, Cristóbal en *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador*. Santiago: Legal Publishing. 2016, p 143, al señalar que:

“En relación a la dimensión de tratar como inocente a la persona objeto del procedimiento, pareciera que no existen mayores dudas al respecto, en el sentido que no pueden aplicarse sanciones de manera previa a la existencia de una decisión firme, la cual debe haber sido tramitada luego de un racional y justo procedimiento”.

En concreto, se aplica como factor de disminución de la sanción la cooperación eficaz y como factor de incremento de esta, la falta de cooperación, esto es, la realización de acciones por parte del presunto infractor que pueden ser catalogadas como impertinentes o dilatorias que entorpecen el procedimiento.

En el presente caso, debe aplicarse la cooperación eficaz como factor de disminución y descartarse su ausencia como factor de incremento. Ello pues, por un lado, tal como consta en el informe de fiscalización ambiental DFZ-2019-309-II-RCA (“IFA”) durante la investigación que originó este procedimiento, Escondida otorgó las facilidades necesarias para que se realizasen las correspondientes actividades de fiscalización²⁹ y además, respondió oportunamente las solicitudes de los funcionarios realizadas durante tales actividades³⁰.

En la misma línea, el cese de las extracciones desde el campo de pozos de Monturaqui consta fehacientemente a esta SMA debido a la carta de suspensión de Escondida del 30 de diciembre de 2019 y su presentación complementaria del 27 de enero de 2020 en que se acompañaron las actas notariales para certificar la detención y bloqueo de los pozos³¹.

Por otro lado, durante el procedimiento sancionatorio Escondida se ha mostrado plenamente proclive a esclarecer los hechos y efectos imputados, así lo hizo en sus presentaciones del 31 de agosto de 2020, 2 de noviembre del 2020 y 22 de diciembre del 2020, en los que ingresó a esta SMA tanto sus descargos, como sendos informes técnicos que abordan los efectos en la flora, fauna y la dinámica hídrica del acuífero ante las extracciones de mi representada y terceros.

Por su parte, el 8 de octubre del 2020 Escondida respondió oportunamente al requerimiento de información realizado por esta SMA instruido en su Res. Ex. N°4/Rol D-099-2020, señalando expresamente la plena voluntad de entregar información adicional y de aclarar la información entregada.

Igualmente, el 18 de marzo del 2021 Escondida respondió al requerimiento de información contenido en la Res. Ex. N°11/Rol D-099-2020, tanto en tiempo como en forma. Inclusive el pasado 13 de mayo se complementaron los antecedentes ya entregados, en lo referido a la variable riqueza.

²⁹ De hecho, tal como constan en la sección 5 y 6 de las actas de fiscalización del 17 y 18 de abril de 2019 (anexo 3 y 4 del IFA), no hubo oposición/obstrucción al ingreso, no fue necesario solicitar el auxilio de la fuerza pública para el ingreso y existió tanto colaboración como un trato deferente hacia los fiscalizadores.

³⁰ Al respecto véanse los documentos ID N°46, 47 y 48 de la sección 4.4 del IFA, contenidos en el anexo 6, 7, 8 y 9 del IFA.

³¹ Información que se encuentra en los anexos 13, 14 y 15 del IFA.

En síntesis, atendidos los antecedentes aquí expuestos debe ponderarse como factor de disminución la cooperación eficaz de mi representada.

VI. Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (artículo 40 i) LO-SMA)

La SMA ha considerado en diversos dictámenes y resoluciones sancionatorias como una circunstancia moduladora más la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. Al respecto, ha precisado en las Bases Metodológicas SMA que:

“Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá **de la norma específica** que se ha incumplido, así como **la manera en que ha sido incumplida**. La **valoración de estos elementos** implica ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental que la infracción ha conllevado, en otras palabras, determinar qué tan perjudicial ha sido ese incumplimiento específico para **la efectividad del sistema de protección ambiental**”³² (énfasis agregado).

En otros términos, para la aplicación de la circunstancia deben considerarse dos variables; **1º)** la relevancia de la norma incumplida y **2º)** la manera o forma en que ha sido incumplida, esto es, las características propias del incumplimiento. Además, tal consideración se realiza con un único propósito, reestablecer la efectividad del esquema normativo que la desviación generó, desincentivando la ocurrencia de futuras infracciones.

Así las cosas, hay dos consideraciones que en el caso concreto resultan vitales al momento de analizar esta circunstancia por parte de la SMA y conforme a las cuáles corresponde concluir que, en caso de requerirse su ponderación, debe ser de nivel bajo.

En primer lugar, sobre la manera o forma del supuesto incumplimiento, atendida la comprensión que Escondida unívocamente ha sostenido en diversas sedes sobre sus obligaciones (ver sección **III**), la pretendida desviación (en los términos que la SMA la ha formulado) ha sido pública y sin disimulo.

Alternativamente, que en los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT2/D6 se han producido reducciones de niveles que superan los 25 centímetros es una cuestión notoria y pública, para todo quién realice una revisión atenta de los reportes y seguimientos que han sido elaborados tanto respecto de la RCA del Proyecto como del PAT.

³² Bases Metodológicas SMA, p 49.

Dicha publicidad se debe a la legítima convicción de haber actuado conforme a derecho por todos estos años. El actuar de Escondida ha sido acompañado reiteradamente por la sostenida y consistente inactividad sancionatoria por parte de la CONAMA, DGA e incluso de la propia SMA. En este último caso tal inactividad se extendió por más de 7 años, ya que las competencias de fiscalización y sanción del organismo comenzaron en diciembre del 2012 y la formulación de cargos que inicia este procedimiento es de agosto del 2020.

Así las cosas, sostener luego de más de una década de reportes en los que no hubo objeción alguna por parte de la SMA, que la pretendida infracción ha generado una vulneración al sistema de control ambiental alta o siquiera media, no solo es incongruente sino derechamente contradictorio con la importancia que, a través de su actuar fiscalizador y sancionador, la SMA le ha reconocido en la práctica a la obligación infringida.

En segundo lugar, cabe destacar que este procedimiento se inició una vez que la extracción de Escondida ya cesó, pues tal como se informó en la carta ingresada a este servicio el 30 de diciembre de 2019, la extracción desde Monturaqui se detuvo el 1 de enero del 2020.

En consecuencia, la ponderación de esta circunstancia malamente puede cumplir con el objetivo de prevención y desincentivo que, conforme a los propios términos de la SMA, la vulneración al sistema de control ambiental pretende.

En síntesis, tanto por la particular forma del supuesto incumplimiento como porque la comisión ya ha cesado total y definitivamente, no corresponde que se pondere de manera media o alta la circunstancia de vulneración al sistema de control ambiental.

2.2. Sobre el valor de seriedad de la infracción

De acuerdo con la metodología que la SMA ha diseñado e implementado hasta la fecha para determinar sus sanciones, se requiere del análisis y ponderación de dos macrofactores; a saber, el beneficio económico obtenido con la infracción, y el componente de afectación.

A su vez, el cálculo del componente de afectación contiene una serie de variables, entre ellas, el denominado valor de seriedad asociado a la infracción de una norma, tal como se expresa en la siguiente fórmula:

$$CA = \left(\text{Valor de Seriedad (VS)} \times \left(1 + \sum (\text{Factores de Incremento}) - \sum (\text{Factores de Disminución}) \right) \right) \times \text{Factor de Tamaño Económico}$$

$VS = \text{Función} \left(\text{Seriedad de la infracción} \right)$

Fuente: Bases Metodológicas SMA, sección 3.4.1.

Para determinar el puntaje atribuible a la seriedad de una infracción es necesario ponderar conjuntamente el nivel de importancia de los eventuales efectos asociados al quebrantamiento de la norma y la gravedad de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

Dicha ponderación ha sido operativizada por la SMA en tres categorías; las que a su vez se diferencian en grados o niveles de importancia asociados. Así, la Categoría 1 incorpora niveles bajos de importancia vinculados a la comisión de la infracción; la Categoría 2, niveles medios; y, la Categoría 3 niveles altos, tal como se ilustra en la siguiente tabla:

Ponderación	Categoría	Criterios de Seriedad de la infracción
Baja	Categoría 1	<ul style="list-style-type: none"> • Constituye vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de nivel bajo y; • Sin efectos ni riesgo en el medio ambiente, o con riesgo de mínima entidad y; • Sin efectos ni riesgo en la salud de las personas, o con riesgo de mínima entidad.
Media	Categoría 2	<ul style="list-style-type: none"> • Constituye vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de nivel medio y/o; • Constituye efectos al medio ambiente no constitutivos de daño ambiental y/o riesgo al medio ambiente y/o; • Constituye riesgo no significativo a la salud de las personas.
Alta	Categoría 3	<ul style="list-style-type: none"> • Constituye vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de nivel alto y/o. • Constituye daño al medio ambiente y/o; • Constituye riesgo significativo y/o afectación a la salud de las personas.

Fuente: Elaboración propia en base a tabla 3.1.de las Bases Metodológicas SMA,

Tales categorías y criterios que las componen tienen por objeto “*reservar los mayores valores de sanciones pecuniarias, dentro de los rangos establecidos por la LO-SMA, para aquellas infracciones con un mayor nivel de seriedad, en relación a las categorías*”³³, es decir, a mayor categoría, mayor puntaje de seriedad y sanción.

Atendidas las consideraciones expuestas en este escrito, no se han provocado efectos derivados de la infracción imputada (ver secciones **2.1.I.** y **2.1.II.**); y se puede descartar la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental en sus grados medio y alto (ver sección **2.1.VI.**), por tanto, sólo se podría llegar a aplicar a Escondida un puntaje de valor de seriedad que se enmarque en la Categoría 1.

POR TANTO, solicito considerar en su dictamen las alegaciones aquí expuestas, para que en el improbable caso se decida estimar configurada la infracción imputada, se aplique la sanción más baja conforme a derecho.

PRIMER OTROSÍ, solicito se tengan por acompañados al procedimiento y se consideren los siguientes documentos:

1. CV de Pedro Rivera Izam, en el cual se detalla la profusa experiencia laboral y académica del Ingeniero Civil de la Pontificia Universidad Católica, especializado en regulación, gestión del agua e hidrología, la cual incluye tanto el sector privado como el ámbito público. Antecedentes que permiten considerar el carácter de perito experto al momento de considerar el informe técnico “Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera Escondida en Monturaqui son o no notorios en la zona de vegetación en las vegas de Tilopozo”.

Sin otro particular, se despide atentamente,

Patricio Leyton Florez

³³ Bases Metodológicas SMA, página 57.