

En lo principal: interpone recurso de casación en la forma; **en el primer otrosí:** en conjunto interpone recurso de casación en el fondo; **en el segundo otrosí:** patrocinio del recurso.

ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

Cristián Gandarillas Serani, abogado, en representación de Agrícola Dos Hermanos Limitada, en autos sobre reclamación caratulados “Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente”, **Rol N° R-5-2018** (a la que se encuentra acumulada la causa **Rol N° R-6-2018** caratulada “Agrícola Dos Hermanos Limitada y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”), al Ilustre Tribunal Ambiental, respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, y de conformidad al artículo 26 de la ley 20.600 en relación a los artículos 768 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, vengo en interponer **recurso de casación en la forma** en contra de la sentencia dictada por vuestro Ilustre Tribunal Ambiental con fecha 17 de septiembre de 2020 (“Sentencia Recurrída”) y notificada a esta parte con esa misma fecha, pidiendo que sea concedido y los autos elevados a la Excma. Corte Suprema, para que ésta, conociendo del recurso, lo acoja en todas sus partes, declarando su nulidad por haberse dictado con infracción de ley que afecta lo dispositivo del fallo y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo.

Sin perjuicio de lo que se dirá a lo largo de esta presentación, es necesario hacer presente desde ya que la Sentencia Recurrída incurre en una serie de vicios que tienen **el grave efecto de desdibujar el régimen sancionatorio medioambiental**, pudiendo sentar un grave precedente a futuro que dañe la institucionalidad y que no cumpla con el efecto disuasivo y preventivo de proteger el medioambiente, y en especial el recurso hídrico del Valle del Huasco en el que mi representada desarrolla sus labores de agricultura, lo que constituye un agravio para la misma.

En efecto, si bien la Sentencia Recurrída decreta la clausura definitiva del proyecto denominado Pascua Lama, en lo que respecta a las sanciones

pecuniarias **se establecen sanciones ínfimas y que no dicen relación alguna con la proporcionalidad de las sanciones que estableció el legislador de conformidad a la naturaleza y gravedad de las infracciones.**

Esto es especialmente grave, si se tiene en consideración el largo historial de incumplimientos de la empresa CMN SpA en el proyecto Pascua Lama, que van **desde el año 2007 y se mantienen hasta hoy**, y el hecho que las distintas judicaturas desde la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó hasta el Segundo Tribunal Ambiental, han hecho **énfasis en la actitud contumaz y en la intencionalidad en el incumplimiento** a la normativa ambiental por parte de CMN SpA, lo que por lo demás ha sido de público conocimiento a partir de los dichos de los propios ejecutivos de la misma.

Es más, cabe recordar a este respecto que **en una primera instancia** la Resolución Exenta N° 477- 2013 de la Superintendencia del Medio Ambiente, impuso a CMN SpA multas **por un total de 16.000 UTA**, y dicha resolución fue dejada sin efecto por el Segundo Tribunal Ambiental en la causa R-6-2013, según veremos, entre otras cosas por un improcedente concurso infraccional y por falta de motivación, dejando sin efecto dicha acumulación sanciones y ordenando que cada infracción, debía ser sancionada por separado y ponderarse especialmente y de manera motivada la gravedad de las sanciones y las circunstancias de la conducta e intencionalidad que ha tenido CMN SpA en relación al incumplimiento de la normativa ambiental, **con lo cual la multa impuesta debía elevarse considerablemente pudiendo alcanzar una suma superior a las 100.000 UTA.**

Sin embargo, la Resolución Exenta N° 72-2018 de la SMA que debía cumplir dicho mandato **termina imponiendo multas muy inferiores por un total de 12.380 UTA, con lo que CMN SpA podría terminar siendo incluso acreedor del Estado (puesto que antes, fue condenada por 16.000 UTA).**

Lo relevante es que para aplicar dichas sanciones pecuniarias la Resolución Exenta N° 72, sobre la que se pronuncia la Sentencia Recurrída, desdibuja el régimen sancionatorio ambiental, **desentendiéndose de la naturaleza y gravedad de las infracciones y de la proporcionalidad establecida en la**

ley para las mismas, de manera que sin mayor justificación, por ejemplo, impone **multas ínfimas correspondiente al segmento más bajo previsto para infracciones leves a infracciones que fueron clasificadas por la misma SMA como gravísimas**, desnaturalizando con ello la infracción y el régimen sancionatorio. Una muestra de ello, es que al cargo 27 calificado como **infracción gravísima** le aplica una multa de **126 UTA**, cuando el rango que proporcionalmente le corresponde por ley va de las **5.001 a las 10.000 UTA**.

En efecto, el legislador ha calificado en el artículo 36 de la Ley 20.417 Orgánica de la Superintendencia del Medioambiente (“LOSMA”) las infracciones de conformidad a su gravedad, **reservando la calificación de gravísimas para aquellos hechos que deben tener el mayor reproche de parte del ordenamiento jurídico**, sea por la afectación al medio ambiente, o porque implican **conductas reñidas con los pilares de un Estado de Derecho** -y que en muchas legislaciones son constitutivas de ilícitos - como la presentación de antecedentes falsos u obstaculización de la fiscalización.

Luego, en la norma complementaria del artículo 39 de la LOSMA, el legislador establece las **sanciones que proporcionalmente corresponden a dicha calificación**, esto es, según su gravedad, disponiendo un **rango progresivo para las sanciones pecuniarias** que va de una multa hasta **1.000 UTA para las leves**, de hasta **5.000 UTA para las graves** y de **10.000 UTA para las gravísimas**.

Para finalmente, establecer en el artículo 40 de la LOSMA las circunstancias que se deben tener en consideración para determinar la sanción o su monto en concreto, **sin que evidentemente ello autorice a desentenderse de la naturaleza de la infracción establecida de conformidad al artículo 36 de la LOSMA y la proporcionalidad establecida por el legislador en el artículo 39 del mismo cuerpo legal**.

De lo contrario, **ninguna importancia tendría determinar la naturaleza de la infracción** y establecer las sanciones proporcionales a la misma, si luego a una sanción gravísima se le puede aplicar una multa de **100 UTA**

correspondiente al rango más bajo y que se ha estimado adecuada y proporcional para una infracción leve. Con ello, no sólo **se desnaturaliza la infracción sino también se contraría el más mínimo sentido común, al aseverar por una parte que se ha incurrido en los hechos que se consideran más reprochables por el ordenamiento medioambiental y que ameritan calificar a la infracción como gravísima para luego sancionar dicha conducta como si fuera una infracción leve con bajo nivel de reprochabilidad y nulo efecto disuasivo.**

Pues bien, al sostener la Sentencia Recurrída, sin mayor fundamento y análisis, que simplemente la SMA obró dentro de los márgenes que establece la ley para la determinación del monto a aplicar, **incurre en graves vicios de derecho, ya que desdibuja por completo el régimen sancionatorio ambiental, haciendo una falsa interpretación y aplicación de los artículos 36 y 39 de la LOSMA, desnaturalizando la naturaleza de las infracciones, dejando sin efecto en los hechos la calificación que se realizó de las mismas y vulnerando la proporcionalidad establecida por el legislador ambiental de conformidad a dicha calificación.**

Ello es más grave aún, cuando **la propia Sentencia Recurrída constata el vicio de legalidad consistente en la falta de motivación de la RE N° 72 en relación con la ponderación de 3 de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA** para la determinación de las sanciones, **siendo que 2 de ellas -la intencionalidad en la comisión de la infracción y la conducta anterior del infractor- habían sido las que distintas judicaturas y especialmente el Segundo Tribunal Ambiental señalaron que se debían ponderar especialmente en este caso** y dar cuenta del efecto de dicha ponderación en la determinación de las sanciones, atendida la conducta contumaz que ha tenido CMN en el incumplimiento de la normativa ambiental.

El que se hayan dispuesto multas ínfimas en relación a la gravedad de las infracciones otorgando un beneficio desproporcionado e injustificado al infractor, no sólo tiene el grave efecto institucional referido, **sino también la consecuencia que se pierde el efecto disuasivo de las sanciones, permitiendo que CMN persista en graves incumplimientos hasta el día de**

hoy con insospechadas consecuencias ambientales para los recursos hídricos del Valle del Huasco donde ejerce las labores de agricultura mi representada (como lo ha declarado la propia Sentencia Recurrída al acoger la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 70 y constatar que no se ha cumplido con la medida urgente de construir el Sistema de Manejo de Aguas de conformidad a la RCA), y porque no que vuelva a impulsar el proyecto mediante una nueva RCA persistiendo con los incumplimientos y su indolencia con la normativa ambiental, todo lo que constituye un significativo agravio para mi representada.

Asimismo, la Sentencia Recurrída incurre en graves vicios al confirmar la absolución por parte de la SMA de los cargos 23.13 y 24.2, sin fundamentar su decisión y a pesar de que se había constatado la infracción en el expediente administrativo, además de haber sido reconocida por el propio infractor.

Finalmente, la Sentencia Recurrída incurre en infracción de ley al descartar sin mayor fundamento los vicios alegados respecto de la falta de fundamentación en que incurrió la RE N° 72 en relación a la supuesta falta de causalidad para descartar la contaminación de las aguas, especialmente teniendo en consideración que la SMA hasta la fecha de la sentencia había tenido por cumplida la medida urgente consistente en la construcción del Sistema de Manejo de Aguas, elemento esencial hasta el día de hoy para prevenir la contaminación del recurso hídrico, y que fue la propia sentencia la que constató su incumplimiento, circunstancia que necesariamente debe ser tenida en consideración por la SMA para su análisis y ponderación.

I.

ANTECEDENTES GENERALES

Para efectos de mejor orden y comprensión, es conveniente ilustrar previamente el contexto de la controversia de autos y de la sentencia que por este acto se recurre, para luego adentrarnos en el detalle de los vicios de que adolece la misma.

1. ASPECTOS GENERALES DEL PROYECTO PASCUA LAMA Y LOS REITERADOS INCUMPLIMIENTOS DE CMN A LA NORMATIVA AMBIENTAL.

1.1. El proyecto Pascua Lama corresponde a un proyecto minero binacional, cuyo titular es la Compañía Minera Nevada SpA, filial de Barrick Gold Corporation, calificada ambientalmente mediante Resolución Exenta N° 39, de 2001, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama (“RCA N°39/2001”) que evaluó la explotación a rajo abierto, de un yacimiento de minerales de oro, plata y cobre, los que serían procesados para obtener como productos metal doré (oro y plata) y concentrado de cobre.

Por su parte, el proyecto “Modificación Proyecto Pascua Lama” fue calificado ambientalmente mediante la RCA N°24/2006.

1.2. Tempranamente, y tal como se expuso en nuestra reclamación, el Proyecto y CMN empezaron a ser objeto de fiscalizaciones y sanciones, que darían cuenta de la indiferencia de dicha empresa por el cumplimiento de la normativa ambiental.

Así, mediante resolución exenta N° 85, de **27 de abril de 2007**, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama, dispuso una sanción de **300 UTM**.

Luego, mediante resolución exenta N° 22, de **1 de febrero de 2011**, la misma Comisión, dispuso una sanción de **300 UTM**.

Con posterioridad, mediante resolución exenta N° 65, de **19 de marzo de 2013**, la misma Comisión dispuso una multa de **300 UTM**.

En el mismo año 2013, CMN se haría acreedor de 3 sanciones más, a saber: (i) multa de **2550 UTM**, mediante resolución exenta N° 46 de **25 de febrero de 2013**; (ii) multa de **500 UTM**, mediante resolución exenta N° 47 de **25 de febrero de 2013**; (iii) multa de **1000 UTM**, mediante resolución exenta N° 87 de fecha **5 de abril de 2013**.

En el ámbito sectorial, también tendrían lugar una serie de sanciones y procedimiento sancionatorios, por ejemplo:

- **Resolución Exenta N° 3765, de fecha 31 de octubre de 2012 del Sernageomin que sancionó a CMN con una multa de 40 UTM por grave contravención al artículo 341 del reglamento de Seguridad Minera**, tras el incumplimiento constatado en la visita inspectiva de 24 de octubre de 2012, disponiendo el cierre temporal de las operaciones de perforación y tronadura, prestripping y vaciado en botadero de estériles, hasta la implementación de una serie de medidas de control identificadas por ese servicio.

- **Resolución Exenta N° 862, de fecha 30 de abril de 2014 del Sernageomin, mediante la cual se sancionó a CMN con una multa de 50 UTM, por contravención gravísima al artículo 47 del Reglamento de Seguridad Minera**, por incumplimientos constatados el 27 de diciembre de 2013.

- **Procedimiento sancionatorio iniciado a requerimiento de la D.G.A., mediante ordinario N° 434**, de fecha 9 de julio del 2012.

- **Procedimiento sancionatorio iniciado a requerimiento de la D.G.A. mediante los ordinarios N° 451 de fecha 18 de julio del 2012 y 499 de fecha 7 de agosto del 2012.**

- **Procedimiento sancionatorio iniciado a requerimiento del Sernageomin, mediante Resolución Exenta N° 3765 del 31 de octubre del 2012.**

1.3. Ya en el año 2012, la Il. Corte de Apelaciones de Copiapó, en **recurso de protección N° de Ingreso 300-2012**, hacía hincapié en esta reprochable actitud de la empresa CMN:

“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 de 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 el compromiso de la misma con la norma ambiental que gobierna y coacciona su actuar”.**

Dicha sentencia dispuso a su vez la **paralización del proyecto minero** “... 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 ambiental”.

Lo cual según **la misma Sentencia Recurrída a pesar de su naturaleza de medida urgente y transitoria hasta el día de hoy NO se ha cumplido, provocándose y persistiendo grave riesgo ambiental:**

“Centésimo quincuagésimo séptimo: Que, de lo anterior y de la información existente en el procedimiento administrativo sancionatorio, **se desprende que el sistema de manejo de aguas en la forma dispuesta en la RCA no se encuentra totalmente ejecutado, no habiéndose cumplido el supuesto material para dar cumplimiento a la obligación contenida en**

el N°1 de la MUT, esto es, informar la ejecución íntegra del referido sistema, dentro del plazo de tres días.

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, en efecto, considerando que **subsiste el deber de CMN SpA de cumplir con la construcción del sistema de manejo de aguas** ya señalado [...]

Y agrega: **“Septingentésimo vigésimo sexto:** Que, por consiguiente, no se advierte la ilegalidad denunciada por las sociedades agrícolas, debiendo tenerse presente, igualmente, **que CMN SpA debe dar cumplimiento a lo mandado en sus RCAs, en lo pertinente al sistema de manejo de aguas”**

Es decir, **han transcurrido más de 8 años desde los hechos y todavía CMN persiste en su incumplimiento con grave peligro para el medioambiente y los recursos hídricos de la zona, y, por consiguiente, causando un grave perjuicio a los agricultores del valle, como lo son mis representados.**

2. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO A-002-2013.

2.1. Con posterioridad se iniciaría el procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013 seguido ante la SMA, el cual se originó por **la comisión de más de 23 infracciones por CMN, en su mayoría por incumplimientos de la RCA y especialmente por no haber dado cumplimiento a aquellas obras civiles comprometidas o asociadas al sistema de manejo de aguas** del proyecto Pascua Lama y que constituían la principal obligación en materia medioambiental del Estudio de Impacto Ambiental y de su resolución aprobatoria o RCA. En este proceso, actuaron como denunciantes la Junta y algunos regantes y comunidades Diaguitas.

En el mismo procedimiento, por medio del Ordinario N° 58, de fecha 27 de marzo de 2013, la SMA formuló cargos a CMN por un total de 23 hechos, actos u omisiones constitutivos de: (a) infracciones a la RCA; (b) infracción a las

Medidas Provisionales de la Resolución Exenta N° 107 de fecha 31 de enero del 2013; y (c) infracción a los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N° 574, de 02 de octubre de 2012; al inciso cuarto del artículo único de la Resolución Exenta N° 37, de 15 de enero de 2013 y al numeral 9 del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de fecha 29 de enero de 2013.

2.2. Con fecha 29 de abril del año 2013 CMN compareció ante la SMA **aceptando la totalidad de los cargos formulados por dicha Superintendencia**, a excepción del que se refiere el haber profundizado la zanja cortafuga (Considerando 23.14), lo cual determina que CMN reconoció los hechos y el derecho por lo que no podía luego abstraerse del contenido de su presentación.

2.3. Con fecha 24 de mayo de 2013 se dictó la **Resolución Exenta N° 477** que resolvió el procedimiento administrativo, considerando a CMN culpable, en calidad de autora, de las infracciones que hemos señalado y le impuso diversas sanciones en atención a las infracciones cometidas, y que en su conjunto alcanzaron a **16.000 UTA**, esto es casi 8.000 millones de pesos. Para efectos de fijar la cuantía de las multas la mencionada autoridad procedió a agruparlas acudiendo a la figura del “concurso infraccional”, lo cual entre otras cosas fue controvertido por esta parte, al sostener que cada infracción debía traer aparejada una infracción autónoma; criterio que a la postre se impondría ante el Segundo Tribunal Ambiental y que la Excma. Corte Suprema confirmaría al rechazar el recurso de casación interpuesto por CMN.

En paralelo, la SMA ordenó la adopción de las siguientes medidas urgentes y transitorias:

- (i) La paralización de la totalidad de las actividades de la fase de construcción del proyecto **mientras no se ejecutara el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA.**
- (ii) Construir transitoriamente las obras necesarias para preservar y evitar eventos de afectación ambiental durante la época de deshielo.

(iii) Dar seguimiento a las variables ambientales respectivas.

3. SENTENCIA DEFINITIVA DEL I. SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO EN LA CAUSA ROL N° R-6-2013.

3.1. Conociendo de una reclamación interpuesta por agricultores del Valle del Huasco – entre ellos nuestra representada- en contra de la resolución de la SMA, el I. Segundo Tribunal Ambiental la acogió, señalando en su parte resolutive, que:

Primero, se acogen parcialmente las reclamaciones deducidas en contra de la Resolución Exenta N° 477 por no conformarse ésta a la normativa vigente según lo desarrollado en la parte considerativa del fallo;

Segundo, se dispone la anulación de la Resolución Exenta N° 477, excepto 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; y

Tercero, se ordenó al Sr. Superintendente que, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 54 inciso segundo de la LOSMA, dispusiese la corrección de los vicios de procedimiento y la realización de las diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades establecidas en esta sentencia para luego proceder a dictar una nueva resolución conforme a derecho.

3.2. Las más relevantes determinaciones de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental fueron:

a) Respecto al estándar de motivación para la resolución impugnada y el análisis de la revocación de RCA del proyecto Pascua Lama.

La sentencia determinó la nulidad de la resolución de la SMA por falta de motivación, dedicando amplios pasajes de la misma a desarrollar este punto. Sólo a modo de ejemplo, en el **Considerando Trigésimo Sexto**, sostuvo: “Que, en consecuencia, este Tribunal exigirá la debida motivación por parte del

Superintendente en todo el proceso anteriormente señalado, para lo cual no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica. Particularmente -y sin que ello importe taxatividad- estos sentenciadores revisarán con especial detención los fundamentos de aquellas decisiones contenidas en la resolución impugnada que digan relación con la aplicación de una especial forma de sancionar las infracciones (concurso infraccional), las razones esgrimidas para calificar cada una de ellas y, particularmente, el desarrollo de los argumentos de cada uno de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA que lo llevaron a decidirse por la imposición de una sanción –en este caso multa- en detrimento de otra de las sanciones contenidas en el artículo 39 de la LOSMA”.

b) Respecto de la procedencia del concurso infraccional.

En lo que concierne a este punto la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental acogió las pretensiones formuladas por esta parte, y dedicó numerosos considerandos para explicar por qué la figura ad hoc del concurso infraccional que aplicó la SMA para agrupar las infracciones y así disminuir las sanciones impuestas –multas y revocación de la RCA- no es aplicable en la especie, debiendo sancionarse cada infracción en forma individual y separada (considerando 62° de la sentencia), **con lo cual la multa de 16.000 UTA impuesta debía elevarse considerablemente pudiendo alcanzar una suma superior a las 100.000 UTA**¹.

¹ El Considerando 62° de la sentencia, señala que (i) La regla general en el sistema sancionatorio establecido en la LOSMA es que cada infracción sea sancionada independientemente, a menos que exista norma expresa que establezca una especial forma de sanción; (ii) No hay en la LOSMA ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones, en los términos señalados en la Resolución Exenta N° 477, correspondiente al símil penal del concurso de delitos; (iii) Tampoco procede reconocer la existencia del denominado concurso infraccional imperfecto, por cuanto “provocaría situaciones absurdas en las que un titular podría incumplir todas sus condiciones, medidas y normas, en diferentes momentos, por hechos diversos y sólo podría ser sancionado por una sola infracción, conclusión que no se condice con la entidad tanto de los bienes jurídicos protegidos, como el medio ambiente y salud de las personas, ni con la naturaleza misma de la RCA, un acto autorizador complejo; (iv) Tampoco es posible sostener que tras el concurso infraccional imperfecto se encuentra la figura de la “infracción continuada” asimilable al símil penal del delito continuado, porque además de inaplicable, tampoco se dan los requisitos de este último.

c) Respecto a la afectación de la calidad de las aguas superficiales y subterráneas.

La Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental determina en este punto que: (i) 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; (ii) 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; (iii) 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; (iv) 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 (...)².

² **Considerando 99°** de la Sentencia dispone: “Se concluye entonces que, en ese año, la turbidez observada en la cuenca no habría sido un fenómeno generalizado en todas las cuencas de la zona y no provendría de las subcuencas vecinas aportantes aguas abajo del Proyecto, sino que se trataría de un efecto local, inducido probablemente por las obras y actividades de construcción del Proyecto Pascua-Lama en dicho período”.

El **Considerando 105°** dispone: “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. 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. 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

Respecto de las aguas subterráneas, el fallo concluye que hay más de un 27,6% de registros por sobre los valores establecidos en las líneas de base y que no es descartable que ello se deba la actividad de CMN, para lo cual ordena que se decrete un riguroso monitoreo del comportamiento de los pozos relevantes.

d) Respecto de la falta de consideración de los antecedentes sobre la conducta anterior del infractor y pronunciamiento acerca de la revocación de la RCA.

La sentencia del Segundo Tribunal del Medio Ambiente le reprochó a la **SMA la forma en que determinó la sanción pecuniaria aplicada a CMN** y el hecho de no haber descartado algún otro tipo de sanción contemplada en la LOSMA **como lo sería la revocación de la RCA. Ello en consideración a la conducta anterior de CMN y en aplicación directa del artículo 40 de la LOSMA.**

La pregunta que se hizo el Segundo Tribunal Ambiental, y con justa razón es ¿por qué la SMA, en consideración a la conducta descuidada y negligente de CMN reflejada en los numerosos procesos previos, decide aplicarle una multa y no la revocación de la RCA? El Segundo Tribunal Ambiental advierte a la SMA que, atendidos los graves hechos ocurridos, **la sanción de la revocación de la RCA debía ser analizada**³.

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.

El **Considerando 106º**, señala: “Que, por lo tanto, en cuanto a las aguas superficiales, la SMA incurrió en ilegalidad al omitir cualquier pronunciamiento fundado sobre el punto en la resolución impugnada, por lo que en la nueva resolución que deberá dictar -como consecuencia de la nulidad de dicha resolución que se declarará- deberá considerar todo los antecedentes y conclusiones a los cuales ha arribado este Tribunal, a efecto de calificar las infracciones y proceder a la determinación de las sanciones específicas.

³ **Considerando Centésimo decimoséptimo:** Que, al analizar la resolución impugnada, se puede constatar que los antecedentes señalados por el reclamante sí fueron mencionados, y que efectivamente aparecen contenidos en la consideración 100 letra c) de la citada resolución. Por lo tanto, desde el punto de vista formal, los antecedentes sí fueron considerados. 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

e) Respecto de las infracciones no sancionadas o tipificadas incorrectamente.

En este caso, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental ordena sancionar en forma independiente los ilícitos al descartar la presencia de un concurso infraccional, y por otra parte, **respecto de los incumplimientos de entrega de información para evitar el daño y su propagación, la Sentencia los recalifica como infracciones gravísimas en tanto impiden el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la SMA y encubren una infracción gravísima, con lo cual, determina que la SMA deberá recalificar dichas infracciones, agravando la sanción asociada a las mismas.**

f) Respecto de la paralización del proyecto

Junto con acoger las reclamaciones interpuestas, **el Segundo Tribunal del Medio Ambiente dispuso por resolución de 3 de marzo de 2014 la mantención de la medida de paralización total del Proyecto y la obligación de CMN de construir las obras de resguardo para proteger el recurso hídrico conforme lo señala la RCA.**

Cabe señalar que esta sentencia fue confirmada por la Excm. Corte Suprema por sentencia de fecha **30 de diciembre de 2014**, en los autos Rol N° 11.600-2014, y los antecedentes fueron enviados nuevamente a la SMA para que, además de cumplir con las formalidades exigidas por la sentencia, dictare una nueva resolución de término que se ajustara a los criterios establecidos por

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 decimotercero: (...)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.**

ella.

Es por ello que **se reabrió el procedimiento sancionatorio A-002-2013** mediante Resolución Exenta N°696 de fecha 22 de abril del año 2015, el cual “concluyó” mediante la dictación de la Resolución N°72 de **17 de enero de 2018**.

Es decir, **más de 3 años se demoró la SMA en volver a concluir el procedimiento sancionatorio** mediante la Resolución N° 72, lo que fuera de constituir una demora excesiva, **más grave aún volvió a incurrir en buena parte de los vicios que la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental había ordenado enmendar**.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-011-2015.

Debido a **nuevos incumplimientos** en que incurrió CMN en relación al proyecto Pascua Lama y que quedaron en evidencia en procesos de fiscalización realizados en los meses de diciembre de 2014, y 22 de abril del año 2015, 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 Madrepórica, 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.

En este segundo procedimiento sancionatorio, CMN optó por formular descargos respecto de ciertas infracciones, e intentar acogerse respecto de las restantes a la presentación de un programa de cumplimiento. **Este plan de cumplimiento fue rechazado por la SMA por no cumplir las condiciones básicas mediante la Resolución Exenta N°7 de fecha 24 de junio de 2015, decisión que fue posteriormente ratificada por el I. Segundo Tribunal Ambiental**⁴.

⁴ Sentencia de fecha 31 de diciembre de 2016, autos Rol R-75-2015.

Este procedimiento, al igual que el Rol N°A-002-2013, fue resuelto mediante la **Resolución N° 72**.

5. RECLAMACIONES, CONSULTA Y SOLICITUDES DE LOS INTERESADOS Y RECURSO DE QUEJA INTERPUESTO ACOGIDO POR LA EXCMA. CORTE SUPREMA.

5.1. Reclamaciones presentadas.

La Resolución N° 72 fue notificada a los interesados con fecha 18 de enero de 2018, interponiendo reclamaciones en su contra tanto nuestra representada como CMN ante el I. Primer Tribunal Ambiental, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA.

Dichas reclamaciones dieron lugar a los procedimientos contenciosos (i) R-5-2018 caratulado “Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente” y (ii) R-6-2018 caratulado “Agrícola Dos Hermanos Limitada y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente”, esta última fue interpuesta con fecha **5 de febrero de 2018**.

Cabe señalar desde ya que dichas reclamaciones **fueron declaradas admisibles**, se pidió informe a la SMA, y se continuaron tramitando hasta la fecha.

5.2. La consulta improcedentemente resuelta y la acumulación decretada por la Excma. Corte Suprema tras acoger el recurso de queja interpuesto contra el Primer Tribunal del Medio Ambiente.

Conjuntamente con lo anterior la SMA sobre el supuesto que la Resolución N° 72, no había sido impugnada, **elevó con fecha 12 de febrero de 2018 en consulta** dicha resolución, haciendo presente en su presentación que: “[...] la referida **Resolución Sancionatoria no ha sido objeto de recursos** de reposición, y que, considerando las notificaciones personales, por carta certificada, y la realizada por el Diario Oficial el 1° de febrero de 2018, el plazo para deducir dichos medios de impugnación venció el día 8 de febrero de 2018 [...]”.

Dicha presentación dio lugar a la causa **S-5-2018**, y esta parte solicitó que se dejara sin efecto dicha resolución y que se procediera a la acumulación de las distintas reclamaciones en una sola causa, de modo que no existieran procedimientos paralelos sobre un mismo asunto y que se dictaran sentencias en cada uno de ellos, que podían prejuzgar o ser contradictorias entre sí. Todas las solicitudes de Agrícola Dos Hermanos en este sentido fueron rechazadas de plano por el Primer Tribunal del Medio Ambiente. Finalmente, y tal como habíamos previsto, dictó sentencia de fecha 12 de octubre de 2018, aun cuando se encontraban pendientes para la vista las reclamaciones interpuestas por las demás partes.

Esta parte no tuvo otra alternativa que recurrir de queja contra el Primer Tribunal del Medio Ambiente para ante la Excm. Corte Suprema, denunciando las graves infracciones procesales y afectaciones al debido proceso que afectaban a las partes, y especialmente a esta parte.

Luego, la Excm. Corte Suprema mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2019, en autos N° de Ingreso 26.347-2018, acoge el recurso de queja interpuesto por esta parte disponiendo que se deje sin efecto la sentencia de 12 de octubre de 2018 y que las reclamaciones sean conocidas en una misma audiencia, acumuladas o una en pos de otra, y falladas por Tribunal no inhabilitado, lo que llevo a la acumulación de las causas R-5-2018 y R-6-2018.

6. RECLAMACIÓN AGRÍCOLA DOS HERMANOS LIMITADA.

Como señalamos, con fecha 5 de febrero de 2018 nuestra representada presentó reclamación tanto respecto de la **Resolución N° 72, como de la Resolución Exenta N° 70** de fecha 15 de enero de 2018 de la SMA.

En lo que respecta a la Resolución N° 72, se sostuvo, en general, que **pese a la gravedad del comportamiento de la infractora, las sanciones que le impone la resolución resultan insuficientes, desproporcionadas y carentes de contenido disuasorio.**

Así, se sostuvo que la resolución N° 72 era contraria a derecho, entre otras cosas, por que infringen lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 35, 36, 40 y 54 de la LOSMA; los artículos 8°, 11° y 41° de la Ley N°19.880; y artículos 6, 7 y 19 N°2, N°3, N°20 y N°26 de la Constitución Política de la República, así como las normas contenidas en la RCA del Proyecto Pascua Lama, toda vez que:

- (i) No ordena la construcción y operación del Sistema de Manejo de Aguas de Contacto y No Contacto en los términos establecidos en la RCA, dejando de aplicar las normas vigentes y haciendo posible que la infractora siga incurriendo en una de las omisiones que motivó el procedimiento sancionador;
- (ii) Sanciona **cinco veces con la clausura definitiva del Proyecto a CMN**, pese a que el contenido gravoso de una sanción como la mencionada se agota con la ejecución de la primera de ellas, y las restantes cuatro **carecen de un efecto real que satisfaga su función disuasoria**, y que hace posible, por esta vía, que CMN se transforme en acreedor del Estado de Chile en una suma cercana a los \$3.000.000.000;
- (iii) Niega la **existencia de daño ambiental** en las aguas pese a que el infractor se allanó a los cargos, el I. Tribunal Ambiental lo tuvo por establecido y, en subsidio, porque **permite que el infractor se beneficie del incumplimiento de su deber de entregar información**;
- (iv) Adolece de falta de **fundamentación fáctica cuando descarta los escenarios de contaminación de las aguas** en los cargos N°s 5,7, 23.1, 23.3., 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.10, 23.12, 24.2, 24.3, 24.4, 24.5 y 27 invocando la falta de causalidad, sin explicar por qué este elemento no concurre en la especie, y contradiciendo sus propias decisiones y otros antecedentes de los que resulta lo contrario;
- (v) Carece de motivación cuando recalifica los cargos 23.13, 24.2 y 25 y absuelve de éstos a CMN;

- (vi) **Las sanciones impuestas** en la resolución recurrida son **manifiestamente infundadas, al no obedecer a proporcionalidad ni gradualidad alguna;**

- (vii) La resolución incurre en **serios defectos al momento de aplicar y fundar la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA y al momento de determinar la entidad y monto de las sanciones concretas para cada infracción cometida**, omitiendo un correcto análisis acerca del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectar la infracción, el beneficio económico obtenido, la intencionalidad y grado de participación, la conducta anterior y la capacidad económica del infractor, así como otras circunstancias relevantes para definir la relevancia y gravedad de cada infracción.

II.

LA SENTENCIA RECURRIDA

En primer lugar, se debe señalar que la Sentencia Recurrída **confirma la legitimación activa de nuestra representada** que en su calidad de interesado y directamente afectado tiene derecho a reclamar contra la resolución que no dio a lugar a sus pretensiones, **sea por la calificación de las sanciones o por la no aplicación de las mismas por determinadas razones** (considerando 123° y siguientes).

Luego, en los considerandos 128° y siguientes establece el estándar de motivación exigido, señalando entre otras consideraciones, que **se deben expresar los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión de manera que se pueda reproducir el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones.**

En cuanto a la Resolución Exenta N° 70 de 2018 de la Superintendencia de Medio Ambiente, acoge la reclamación interpuesta por esta parte disponiendo en los considerandos 157° y siguientes que el sistema de manejo de aguas no se encuentra totalmente ejecutado en la forma dispuesta en la RCA, y, por

ende, no se ha cumplido el supuesto material para dar cumplimiento a la obligación contenida en el N° 1 de la MUT, esto es, informar la ejecución íntegra del referido sistema. Por lo que **subsiste el deber de CMN de cumplir con la construcción del sistema de manejo de aguas.**

En relación con la proporcionalidad de las sanciones, la Sentencia Recurrída en sus considerandos 251 y siguientes afirma que en materia sancionatoria ambiental la proporcionalidad se materializa en las circunstancias de ponderación o graduación previstas en el artículo 40 de la Ley 20.417, y agrega que “cuando la multa no pueda ser eficaz para detener, eliminar o minimizar los efectos adversos derivados del incumplimiento, la clausura e incluso la revocación de la respectiva RCA serán la solución idónea” (C° 268).

1. EN RELACIÓN A LAS RECLAMACIONES EFECTUADAS POR CMN SPA RESPECTO DE LA RE N° 72.

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

La Sentencia Recurrída tiene por acreditada la infracción en su considerando 280, y luego pasa a analizar la clasificación de la infracción como gravísima que la SMA sustentaría en haberse generado un daño al medio ambiente no susceptible de reparación a 1,9 hectáreas aproximadas del ecosistema alto andino por la acción de un proyecto.

A este respecto, la Sentencia Recurrída sostiene que el análisis de la SMA se basa en una adaptación de los factores y criterios comunes aplicables al análisis de significancia de la evaluación ambiental utilizada para identificar si un impacto ambiental tiene una significancia tal que amerite la implementación

de un plan de medidas ambientales, por lo que no necesariamente un impacto significativo, sobre la base de la misma evaluación de significancia, es susceptible de generar un daño ambiental (C° 307).

Luego, agrega que el Tribunal considera que el análisis planteado por la SMA es un ejercicio incompleto, ya que metodológicamente solo se enuncian los criterios y categorías, sin entregar los atributos y definiciones necesarias para contextualizar el análisis realizado, sin vincularlos con la ecuación que ese organismo fiscalizador estableció, situación que pudiese haber esclarecido la relación entre variables dependientes e independientes, no asignando ni pesos, ni ponderando tampoco en un rango o valor cada uno de los criterios propuestos (C° 310).

Acto seguido, la Sentencia Recurrida en sus considerandos 311 y siguientes señala que estandariza los criterios y subcriterios utilizados para realizar el análisis, mas, luego de realizar el listado se limita a sostener en el considerando 313: “Que, con estos criterios, subcriterios y categorías parametrizadas por este Tribunal sobre la base de sus definiciones científico-técnicas, esta magistratura puede concluir que las argumentaciones desarrolladas por la SMA de manera general entre los considerandos 2895 y 3031, sumado al análisis específico desarrollado entre los considerandos 3031 y 3128, no aborda íntegramente la ecuación y variables que sustentan todo el análisis”.

Y finalmente señala que “este Tribunal considera que la SMA configura erróneamente la hipótesis de daño ambiental, confundiendo una alteración negativa de un impacto no previsto que no presenta efectos que causen una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo, con una alteración negativa que genere daño ambiental” (C° 314) y concluye: “Que, al determinar que efectivamente la SMA ha clasificado infundadamente la infracción como gravísima, ya que no se acreditó el daño ambiental respecto a la infracción en análisis, este Tribunal estima innecesario abordar la cuestión respecto a si éste es reparable o no”.

1.2. En relación al cargo 23.9. “No activar el Plan de Respuesta de calidad de las aguas en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, según los niveles de alerta de calidad de aguas determinados en la RCA”.

La Sentencia Recurrída rechaza las alegaciones de CMN y se mantiene la sanción de clausura definitiva.

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

Igualmente, la Sentencia Recurrída rechaza las alegaciones de CMN y se mantiene la clausura de clausura definitiva.

1.4. Respecto del Cargo 4: “Producto de la construcción de ciertas obras del proyecto minero Pascua Lama, tales como, caminos, campamentos barriales, sistema de drenaje -ácido ducto, otras obras y áreas removidas, CMN SpA habría intervenido aproximadamente un total de 13, 832 hectáreas de la especie Azorella madreporica por sobre lo autorizado en la RCA 24°/2006, así como también habría intervenido un total de 2,16 hectáreas de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en el mismo permiso ambiental”.

Al igual que en el primer cargo, la Sentencia Recurrída cuestiona la metodología de la SMA, y señala que del análisis realizado no se alcanza un umbral razonable para determinar la existencia de un daño ambiental, y concluye: “a juicio de estos sentenciadores, la clasificación de gravedad de la infracción determinada por la SMA carece de fundamento científico-técnico, en atención a lo latamente desarrollado en esta controversia, por lo que se acoge la alegación en este punto, debiendo esa entidad proceder a clasificar nuevamente la infracción en análisis conforme al artículo 36 de la LOSMA, y

determinar la sanción aplicable a partir de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, todo ello debidamente fundado”.

1.5. En relación al Cargo 7: “Incumplimiento parcial a las obligaciones contenidas en el Plan de Monitoreo de Glaciares, en los siguientes componentes: Albedo; MP, Temperatura; Estudios de permafrost; Balance de Masa Combinado; Plan Comunicacional”.

La Sentencia Recurrída rechaza las alegaciones de CMN y se mantiene la sanción de clausura definitiva.

1.6. En lo que dice relación con el Cargo 23.8 *“La utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utiliza niveles más permisivos que los contemplados en la RCA”.*

La Sentencia Recurrída mantiene la sanción de multa reclamada.

1.7. Por último, en relación al Cargo 6: “CMNSpA ha incumplido sus compromisos asociados al Plan de Monitoreo Social [...]”.

La Sentencia Recurrída mantiene la sanción de multa reclamada.

2. RESPECTO DE LAS RECLAMACIONES EFECTUADAS POR NUESTRA REPRESENTADA EN CONTRA DE LA RE N° 72.

La Sentencia Recurrída sigue la sistematización de las ilegalidades contenida en la reclamación para efectos de analizar las mismas.

2.1. En relación al Primer Vicio Grave alegado: Respecto a la omisión de la resolución sancionatoria de ordenar a CMN SpA la construcción definitiva del Sistema de Manejo de Aguas.

La Sentencia Recurrída se remite a lo resuelto respecto de la RE N° 70, señalando que subsiste el deber de construir el sistema de manejo de aguas

establecida en la RCA, siendo esa la fuente y no la resolución sancionatoria, por lo que no se advierte la ilegalidad (C° 723), e igualmente hace presente que CMN debe cumplir lo mandatado (C° 726).

2.2. En relación al Segundo Vicio Grave alegado: Sobre la falta de contenido sancionatorio y disuasivo en la aplicación de 5 sanciones de clausura.

La Sentencia Recurrída señala que la controversia versa sobre la circunstancia que las sanciones impuestas a CMN carecerían de un contenido sancionador al no cumplir con la función disuasoria que le es propia, al sancionar cinco veces con la clausura definitiva al proyecto de CMN SpA por distintos hechos infraccionales, en circunstancias que el contenido aflictivo como de una medida como la mencionada se agota íntegramente en el cumplimiento de la primera de ellas.

A este respecto, la Sentencia Recurrída sostiene en su considerando 735 que “el legislador ha establecido la máxima que *“para cada infracción debe aplicarse una sanción”* -con la excepción del art. 60 de la LOSMA-, la que se determinará según los criterios establecidos en el art. 40, conforme a la previa aplicación de los artículos 35, 36, 38 y 39, todos del referido cuerpo legal, no existiendo, por consiguiente, impedimento para que ante hechos infraccionales con un mismo o similar nivel de gravedad, se aplique una misma sanción”.

Agrega que el Tribunal puede autorizar una, dos o más sanciones de aquellas impuestas por la SMA por distintos hechos infraccionales, en la eventualidad que se cumplan los supuestos para ello. Tal circunstancia, sostiene, no implica un beneficio para el infractor, ya que uno de los objetivos de la sanción administrativa es tutelar el bien jurídico protegido por la normativa infringida, cuestión que tal como se desprende del acto reclamado, sería distinto en cada uno de los casos en que el Tribunal validó la sanción aplicada, teniendo un particular efecto disuasivo, atendida la magnitud de las infracciones, y en virtud de ello rechaza la alegación formulada.

2.3. En relación al Tercer Vicio Grave alegado: Respeto al descarte ilegal de daño ambiental en las aguas.

Respecto de este vicio invocado en la reclamación, la Sentencia Recurrída señala en su considerando 746 que no ha existido de parte de CMN SpA una aceptación de la calificación y clasificación de las infracciones, ni de la eventual sanción aplicable, y, por ende, no consta que CMN haya aceptado, como efecto de sus infracciones, un daño ambiental por contaminación de las aguas. Luego agrega en su considerando 752 que el segundo Tribunal Ambiental no se pronunció respecto de la existencia de daño ambiental sobre las aguas superficiales, sino que de alteraciones a la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del Río Estrecho, de manera que no existe vulneración alguna por parte de la SMA a lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental.

Finalmente, en relación al alegado incumplimiento del deber de información y el descarte del daño ambiental, primero en el considerando 757 se señala que el acto reclamado en el considerando 3165 indica que: “en relación con los eventos de remoción en masa informados en diciembre de 2012 y enero de 2013, el análisis de la información de turbidez disponible no evidencia una alteración de este parámetro en la cuenca del río Estrecho, en el entendido que su objeto de protección en relación al proyecto minero, se encuentra vinculado con la NCh 409 y no con cualquier alteración en la calidad de las aguas, como ocurrió en NE-2^a. Por tanto, no habiéndose superado la norma en los periodos de los aluviones, se estima que no existe una alteración significativa en la calidad de las aguas, que incida en la ponderación de la presente circunstancia a este respecto”.

Por su parte, en el considerando 758 en relación al cargo 23.9, la Sentencia Recurrída sostiene que la RE N° 72 en su considerando 4755 sostuvo que: “los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, no son determinantes para estipular que se haya producido una alteración a la calidad de las aguas de tal magnitud, que impliquen un daño ambiental a las mismas, ni así tampoco a los componentes que el recurso hídrico sustenta, por las razones antes expresadas, en particular, pues la diferencia de pH en el periodo no ha sido significativo como para estimar que se está ante una hipótesis de

daño ambiental. Por otro lado, la zona es naturalmente ácida por tanto, el curso de agua superficial, es más tolerante a la presencia de metales pesados en la misma, incluso a grandes concentraciones, como detectadas durante el levantamiento de la línea de base del proyecto, por lo que, en razón de los antecedentes, es preciso evaluar el daño o riesgo provocado, debiendo ser analizado en el art. 40 de la LOSMA. Finalmente, con respecto a la turbidez tampoco se han visualizado efectos que puedan considerarse de significancia para efectos del daño ambiental propiamente tal y, por lo demás, no se observa la existencia de un nexo causal claro entre la turbidez de la cabecera de la cuenca y la que se manifiesta en NE-8 y más abajo, debido a la compleja dinámica de la zona respecto de este parámetro. Lo anterior no obsta a que la alteración de la calidad de las aguas y las consecuencias que de ello se hubiesen derivado en el medio ambiente, sean de igual modo analizadas a propósito de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Dicha consideración, aplica para aquellas alegaciones referidas a la posible afectación de cultivos agrícolas producto de la infracción”.

Asimismo, en el considerando 759 se sostiene que respecto del cargo 23.11 en el considerando 5550 de la RE N° 72, se indica que: “los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio y los plasmados en la presente Resolución Sancionatoria, no son determinantes para estipular que, en el periodo de la imputación de la presente infracción, el cual abarca desde enero a marzo de 2013, se haya producido una alteración a la calidad de las aguas de tal magnitud, que impliquen un daño ambiental a las mismas, ni así tampoco a los componentes que el recurso hídrico sustenta, por las razones antes expresadas, lo anterior pues, la afectación si bien ha durado aproximadamente un año, ésta no ha sido de carácter permanente, lo anterior se manifiesta pues, una vez que cesaron las descargas, el río del Estrecho volvió a valores relativamente estables”.

Por último, señala la Sentencia Recurrída que para el cargo N° 23.13, absuelto, la SMA no efectuó el referido análisis, atendido que tuvo por no configurada la infracción.

En virtud de lo anterior, la Sentencia Recurrída concluye en el considerando 761 que el descarte de un eventual daño ambiental se encuentra debidamente razonado y motivado, desde un punto de vista técnico-científico, no advirtiéndose en consecuencia, ilegalidad en el actuar de la SMA.

2.4. En relación al Cuarto Vicio Grave alegado: De la supuesta falta de fundamentación de la resolución reclamada en lo que dice relación con la causalidad en la contaminación de las aguas.

La Sentencia Recurrída en su considerando 767 la Sentencia Recurrída señala en general que existe un extenso desarrollo en la resolución sancionatoria para los cargos, y en lo que respecta a los cargos N° 5 y 7, no se habría planteado por la reclamante una relación causal y de afectación de la contaminación de las aguas.

Sin embargo, agrega, del análisis relativo a la clasificación de la infracción y las ponderaciones del art. 40 de la LOSMA de la resolución reclamada, especial atención debe prestarse a los fundamentos expuestos en los considerandos 1272 y siguientes, en lo que respecta al cargo 5, así como los considerandos 2020, 2036 y 2037 del cargo 7.

Agrega también en el considerando 769 que a juicio de los sentenciadores, el análisis de causalidad y afectación por contaminación de las aguas, da cuenta de un desarrollo con el fundamento y razonamiento adecuado para los cargos, y que en relación al cargo 27 además se señala que la reclamante en sede administrativa, ni en autos, logró acreditar como producto de la infracción se provocó una hipótesis de contaminación de las aguas.

Por último, señala que respecto de los cargos N°s 24.3, 24.3, 24.4, y 24.5 que la reclamante en sede administrativa no planteó una relación causal y de afectación de la contaminación de las aguas, por lo que el Tribunal se remitió al análisis de clasificación de la infracción y las ponderaciones del art. 40 de la LOSMA., y agrega que especial consideración debe prestarse a los fundamentos expuestos en los considerandos 6859 a 6863, en lo que respecta al cargo 24.4, así como los considerandos 7020 a 7022 del cargo 24.5.

Concluye, en su considerando 771 que no se advertiría en la resolución reclamada una falta de fundamentación u omisión en lo que dice relación con la causalidad y afectación de la contaminación de las aguas.

2.5. En relación al Quinto Vicio Grave alegado: Respecto de la motivación de la SMA para recalificar y absolver a CMN SpA de los cargos 23.13, 24.2 y 25.

En relación al cargo 23.13 “La falta de captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del depósito de estériles nevada norte durante el mes de enero de 2013”.

A este respecto, la Sentencia Recurrída señala que la configuración del cargo fue motivada inicialmente por un informe cuyo presupuesto fáctico era “la alteración de la calidad de las aguas subterráneas en los pozos ubicados inmediatamente aguas abajo del muro cortafugas”. Sin embargo, luego dicho informe se desestimó, puesto que para demostrar dicha alteración se comparó los valores detectados en los pozos L4, con los valores máximos de la línea de base del pozo BT-3, lo que luego se estimó improcedente y que habría sido ratificado por el Segundo Tribunal Ambiental al indicar “comparte la conclusión del superintendente de que el pozo BT3 no sería pertinente para su comparación puntual con L4 y que, para verificar el comportamiento del muro, se habría requerido una serie de datos previos de los pozos L4 que el titular no entregó”.

Finalmente, sostiene que el cargo no fue debidamente acreditado por la SMA.

Respecto del cargo 24.2: “El plan temporal ordenado en el numeral 2 del punto 1 del Resolvo Primero de la Resolución N° 107, no cumple con el objeto de conocer la calidad de las aguas que ingresan a la CCR, con un desfase máximo de 48 horas con respecto a su eventual descarga al río Estrecho [...]”.

La Sentencia Recurrída sostiene que en la **resolución sancionatoria se llegó a la conclusión que la medida era imposible de cumplir**, ya que era

imposible entregar la información de calidad de agua con un desfase de máximo 48 horas respecto a su eventual descarga.

La Sentencia Recurrída señala que en lo referente a la imposibilidad de realizar los análisis en el tiempo esperado, ello indica que no existe motivación suficiente para atribuir a CMN SpA una intencionalidad en los hechos que originan el cargo 24.2 y, por ende, resulta plausible el análisis de la SMA en cuanto a la imposibilidad de cumplir con la medida.

Por último, en relación al cargo 25 consistente en que “En relación a la Resolución 574, cabe señalar que la Unidad de Atención Ciudadana ha informado a la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios, mediante Memorándum N° 34/2013, de 19 de marzo de 2013, que la sociedad Compañía Minera Nevada no ha dado cumplimiento al requerimiento de información en la forma y modo instruidos, ya que no ha entregado a esta Superintendencia una copia del formulario debidamente firmado por su representante legal [...]

La Sentencia Recurrída señala (C° 796) que habiendo existido una falta de documentación física, la misma si se envió vía electrónica en tiempo y forma, por lo que no se ve ilegalidad alguna.

2.6. En relación al Sexto Vicio Grave alegado: Sobre la eventual falta de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones.

La Sentencia Recurrída sostiene en su considerando 804 que “este Tribunal no advierte ilegalidad o arbitrariedad alguna en la circunstancia alegada por las sociedades Agrícolas, toda vez que las multas aplicadas por la SMA se encuentran dentro de los márgenes establecidos por la ley para el tipo de infracción cometida, y han sido determinadas considerando las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Lo anterior significa que no existe impedimento alguno para que una infracción grave tenga una multa menor que una leve, o viceversa, en la medida que se respeten los máximos legales y ellas estén debidamente motivadas”.

2.7. En relación al Séptimo Vicio Grave alegado: La resolución recurrida no pondera ni aplica en concreto las circunstancias que contempla el artículo 40 de la LOSMA para efectos de determinar la sanción a aplicar en cada infracción.

(i) Respecto de la circunstancia consistente en importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

Luego de sostenerse, según señala la Sentencia Recurrída, que se debió tener en consideración el daño o peligro ocasionado -sin que fuese necesaria la existencia de un daño ambiental-, y el que no exista información para medir el daño no se puede considerar para aminorar la responsabilidad del infractor.

El Tribunal estima en su considerando 811 que las alegaciones serían genéricas sin identificar el cargo respecto del cual se alega para luego establecer los fundamentos que conllevarían a la mala ponderación y por lógica consecuencia una falta de fundamentación, y agrega, que la resolución sancionatoria identifica con claridad las circunstancias que se ponderaron, cómo se ponderaron y las debidas consideraciones de las distintas alegaciones efectuadas.

(ii) Respecto de la circunstancia consistente en el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

Se sostiene en la Sentencia Recurrída (C° 816) que en consideración a que se descartó el riesgo a la salud a nivel poblacional de la localidad de Chollay, la SMA indicó que debe ser rechazada la alegación planteada, pues considerar a poblaciones tan alejadas del lugar de emplazamiento minero -como Alto del Carmen- o incluso fuera de su área de influencia, implicaría sobreestimar el ejercicio de la evaluación de riesgo a la salud de las personas ("ERS"), lo que incidiría en la validez de la misma.

Nuevamente se señala por la Sentencia Recurrída que se trataría de alegaciones genéricas, y que se apreciaría un adecuado estándar de fundamentación, sin que existan fundamentos de hecho que permitan

razonablemente desvirtuar las consideraciones técnicas y las conclusiones a que arribó el ente fiscalizador.

(iii) Respecto de la circunstancia consistente en el beneficio económico.

La Sentencia Recurrída señala que ha verificado que la circunstancia del beneficio económico fue debidamente ponderada en cada una de las infracciones en que se estimó que concurría, y en aquellas en las cuales se consideró que no resultaba procedente, encontrándose debidamente motivado el cálculo efectuado por la SMA a este respecto (C° 822), **y agrega que sobre la supuesta devolución de dineros a CMN SpA por el pago previo de la sanción pecuniaria, que la determinación del beneficio económico nada se relaciona con ello, debiendo la multa efectivamente determinada por la SMA pagarse conforme a las reglas establecidas al efecto.**

(iv) Sobre la circunstancia consistente en la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación.

A este respecto, la Sentencia Recurrída en el considerando 827 sostiene “estos sentenciadores advierten, a pesar de la generalidad de la alegación formulada por las sociedades Agrícolas reclamantes, que de los antecedentes del procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-002-2013 (acumulado D-011-2015), la SMA ha realizado una adecuada y suficiente fundamentación para estimar procedente la concurrencia del art. 40 LOSMA, en los casos que así quedó consignado. No obstante, lo anterior, no se aprecia que la SMA haya explicitado la medida o valor en que este factor o circunstancia influye en el cálculo del componente de afectación.”

Luego, agrega en el considerando 830 “Que, si bien, la resolución reclamada efectivamente no señala los puntajes asignados tanto al valor de seriedad, como al factor de incremento asociado a esta circunstancia, conforme al principio de conservación del acto administrativo, **tal falta de motivación no sería suficiente para constituir un vicio de ilegalidad que traiga aparejada la nulidad del acto reclamado**, y que no se ha demostrado que dicha ilegalidad haya causado un perjuicio concreto relativo al interés jurídico de las

agrícolas reclamantes que deba ser tutelado a través de la declaración de nulidad de la Res. Ex. N° 72/2018 de la SMA”.

(v) Sobre la circunstancia consistente en la conducta anterior del infractor.

La Sentencia Recurrída señala que la SMA sostuvo (C° 834) que esta circunstancia es transversal a todos los cargos, por lo que **no era necesario hacer un análisis por cada infracción**, y que, según el Tribunal, se apreciaría una correcta fundamentación para la determinación por parte de la SMA de la concurrencia de la circunstancia en análisis para considerarla en todas las sanciones aplicadas a CMN SpA, y sostiene **que al no haberse acreditado que la supuesta ilegalidad haya causado un perjuicio concreto relativo al interés jurídico del reclamante se debe rechazar la alegación.**

(vi) Sobre la circunstancia consistente en la capacidad económica del infractor.

La Sentencia Recurrída sostiene en su considerando 850 que la SMA considera la capacidad económica tanto para los efectos de la determinación del componente de afectación, como también para los efectos del cálculo del WACC, lo que a juicio del Tribunal son apropiados para el cálculo de la sanción, y agrega que **respecto de la falta de expresión del valor en la ponderación de la capacidad económica para efectos del cálculo del componente de afectación, en virtud del principio de conservación del acto administrativo y trascendencia, al no haberse acreditado un perjuicio concreto relativo al interés jurídico de los reclamantes debe desecharse esta circunstancia.**

(vii) Respecto a la no presentación de un programa de cumplimiento ambiental.

La Sentencia Recurrída señala que para que se cumpla esta hipótesis normativa, debe existir un PDC aprobado por la SMA, y cuyo incumplimiento posterior haya sido constatado.

Sin embargo, sostiene que CMN SpA no tiene un PDC aprobado por la SMA respecto del cual se pueda verificar su incumplimiento.

(viii) Sobre la aplicación del literal h) del artículo 40 de la LOSMA.

La Sentencia Recurrída, en primer lugar, establece que la autodenuncia sólo fue considerada para la ponderación de la sanción de la infracción 23.1., fundado en que se aportó información que no se conocía al momento de su presentación, y que ello según el Tribunal estaría conforme con las bases metodológicas para la aplicación de sanciones ambientales.

En relación al allanamiento, se sostiene que la SMA consideró un allanamiento parcial y que se ponderó debidamente respecto de cada hecho infraccional, como lo indican los considerandos 7561, 7562 y 7563.

Finalmente, en relación con la cooperación eficaz en la entrega de información, la Sentencia Recurrída señala que la SMA advierte que, una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, los requerimientos y diligencias solicitadas por la SMA a la CMN SpA han sido, en general, adecuadamente cumplidos por ésta, cuestión distinta a la situación infraccional por la cual se aplican las sanciones, de manera que no se advertiría una incongruencia entre lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental y la SMA.

III.

LEY QUE CONCEDE EL RECURSO Y CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FORMALES

Los vicios de casación en la forma en los que incurre la Sentencia Recurrída se encuentran establecidos en el inciso cuarto del artículo 26 de la ley 20.600, dispone:

“Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto

en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva **se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica**".

Asimismo, el inciso sexto del mismo artículo establece: "No será aplicable para estos efectos lo dispuesto en los artículos 769 y 775 del mismo Código", de manera que ninguno de los vicios que se alegan requerían preparación del recurso.

IV.

LA SENTENCIA RECURRIDA INCURRIO EN EL VICIO DE CASACIÓN EN LA FORMA CONSISTENTE EN LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 20.600 EN RELACIÓN CON LOS NUMERALES 4 Y 5 DEL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, en este Capítulo se desarrollarán precisamente en qué consisten los errores de derecho de que adolece la sentencia impugnada, y en cada caso se señalará de qué modo esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

A este, respecto cabe señalar que el inciso cuarto del artículo 26 de la ley 20.600, dispone:

"Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se

hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.

Por su parte, el artículo 25 de la ley 20.600 establece:

“La sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia”.

Finalmente, los numerales 4 y 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil indican:

“4°. Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

5°. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

1. CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACIÓN AL VICIO ALEGADO.

Como señala la propia Sentencia Recurrída en su considerando 136, se ha de tener presente que la fundamentación debe permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones y en relación a ello agrega que “no puede satisfacerse en términos genéricos con referencias o suposiciones que puedan configurar los fundamentos de lo decidido, sin encontrarse debidamente acreditados, o una simple enunciación de la normativa aplicable sin efectuar un análisis de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica” (C° 138), y “Que, así, la debida fundamentación exigida por este Tribunal se tendrá por cumplida,

cuando la decisión del acto administrativo reclamado contenga un adecuado análisis y ponderación de las distintas partes del expediente administrativo que le sirva de sustento, expresándose las razones y argumentos en que se sustentan los actos reclamados” (C° 139).

Si ello es requerido de un acto administrativo, con mayor razón puede exigirse respecto de una sentencia jurisdiccional como la recurrida.

En cuanto a la legitimación activa de mi representada la Sentencia Recurrída sostuvo en su considerando 125: “Que, considerando que la resolución que puso término al procedimiento sancionador, a juicio de los reclamantes, contiene **ilegalidades que desencadenaron en que no se clasificaran las infracciones en la forma que aquellos estimaban ni se impusieran las sanciones que ellos consideraban que en derecho** correspondía aplicar a la infractora, así como otras ilegalidades que afectan lo resuelto por la SMA, **constituyen suficientes circunstancias para estos sentenciadores para tener por acreditada la legitimación activa de las sociedades Agrícolas reclamantes**, respecto a la Res. Ex. N°72, de 2018, reclamada”.

2. PRIMER VICIO DE CASACIÓN EN LA FORMA CONSISTENTE EN LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 20.600 EN RELACIÓN CON LOS NUMERALES 4 Y 5 DEL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

2.1. LA SENTENCIA RECURRIDA INCURRE EN EL VICIO DE CASACIÓN EN LA FORMA EN CUESTIÓN AL RECHAZAR SIN FUNDAMENTOS EL “SEXTO VICIO GRAVE” DE LEGALIDAD RECLAMADO POR NUESTRA REPRESENTADA EN CONTRA DE LA RE N° 72 CONSISTENTE EN QUE “LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA AUTORIDAD AMBIENTAL SON MANIFIESTAMENTE INFUNDADAS, Y NO OBEDECEN A PROPORCIONALIDAD NI GRADUALIDAD ALGUNA”.

Lo anterior fundado, en lo que nos interesa, en la falta de proporcionalidad en las multas aplicadas en concreto por las distintas infracciones, y la ausencia de razones y motivaciones para justificar dichos montos.

Al respecto, señalamos en nuestra reclamación que las infracciones contenidas en los cargos 24.4, 24.5, 24.6 y 27, todas **calificadas como gravísimas** por la SMA, fueron sancionados con las irrisorias multas de **279 UTA, 145 UTA, 157 UTA y 126 UTA**, respectivamente. Otras **fueron calificadas como graves y que se les aplicó una ínfima multa de 39 UTA en el caso del cargo 23.3 y 19 UTA en el caso del cargo 24.3, y finalmente algunas infracciones calificadas como leves se le impusieron sanciones mayores como es el caso, por ejemplo, del cargo 1 que se aplicó multa por 831 UTA, el cargo 5 por 1.000 UTA y el cargo 23.12 por 1.000 UTA, situación que no tiene sustento jurídico alguno.**

En relación a ello, en nuestra reclamación sostuvimos que si bien la SMA dispone de cierto grado de discrecionalidad en la determinación exacta de las sanciones a imponer de acuerdo con la LOSMA, lo cierto es que las sanciones deben guardar estricta relación con la gravedad de las infracciones cometidas, pudiendo graduarse –factor de incremento o disminución de la sanción– conforme a las circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSMA, pero sin desatender la naturaleza de la infracción de conformidad a la clasificación que realiza el artículo 36 de la LOSMA. Ello deriva de “que ha sido el legislador quien ha ponderado razonablemente, usando de sus facultades soberanas, la proporcionalidad entre la infracción y la sanción respectiva”⁵.

Respecto de este vicio reclamado, la Sentencia Recurrída sostiene en su considerando 804 que “este Tribunal no advierte ilegalidad o arbitrariedad alguna en la circunstancia alegada por las sociedades Agrícolas, **toda vez que las multas aplicadas por la SMA se encuentran dentro de los márgenes establecidos por la ley para el tipo de infracción cometida, y han sido**

⁵ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, dictada en la causa Rol N°1413/2010, considerando 36°. Asimismo, cabe tener presente que “el principio de proporcionalidad opera en materia punitiva en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo”. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [citado 2018-01-31], pp.399-439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>.

determinadas considerando las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Lo anterior significa que no existe impedimento alguno para que una infracción grave tenga una multa menor que una leve, o viceversa, en la medida que se respeten los máximos legales y ellas estén debidamente motivadas”.

Es decir, la **Sentencia Recurrída no analiza el vicio reclamado por mi representada, y lo desecha sin mayor fundamento.**

En efecto, **lo reclamado es que las sanciones impuestas resultan desproporcionadas e infundadas en atención a la calificación de gravedad realizada por la propia SMA, lo que no analiza la Sentencia Recurrída.**

Ello, pues es la propia LOSMA la que establece en su artículo 36 los hechos que deben concurrir para que una infracción sea calificada como gravísima, grave o leve. De esta manera, por ejemplo, para que una infracción sea **calificada como gravísima** deben concurrir **hechos fuertemente reprochables** por nuestro ordenamiento jurídico como un **daño ambiental no susceptible de reparación, haber afectado gravemente la salud de la población, haber entregado información falsa u ocultar antecedentes, impedir deliberadamente la fiscalización, reincidencia de infracciones graves**, etc.

Es decir, hechos que en muchos casos -y en derecho comparado- son sancionados penalmente sea por la grave afectación al medio ambiente o el grave daño que representan a la institucionalidad.

Es en relación a dicha calificación que el artículo 39 de la LOSMA establece los rangos de las sanciones a aplicar “según su gravedad”, y dispone que para las gravísimas el rango es de hasta 10.000 UTA, para las graves de hasta 5.000 UTA y para las leves de hasta 1.000 UTA.

Si bien las normas no establecen expresamente un desde, el espíritu de la norma es evidente, y es que concurriendo los hechos que permiten clasificar las infracciones en una determinada categoría, el rango de multa a aplicar debiera ser de hasta 1.000 UTA para las leves, de entre 1.001 UTA y 5.000

UTA para las graves, de 5.001 hasta 10.000 UTA para las gravísimas, y que para determinar la sanción específica no pecuniaria que se aplicará o la multa específica entre los rangos señalados se debe atender a las consideraciones del artículo 40 de la LOSMA, esa es la proporcionalidad establecida por el legislador.

Así, no resulta aceptable que luego de que se verifique la concurrencia de un hecho tan grave como entrega información falsa, impedir fiscalización, grave afectación a la salud de la población etc., **que llevan a calificar a una infracción como gravísima de conformidad a la ley y que amerita la clausura definitiva del Proyecto Pascua Lama para siempre**, luego se apliquen multas establecidas para las infracciones leves (inferiores a 1.000 UTA) e incluso en el segmento más bajo de dicho rango (inferiores a 200 UTA), sin justificar ello detallada y fundadamente.

Tal como a un homicidio no se le podría aplicar una pena de presidio menor en su grado mínimo (60 días de presidio), salvo que concurren atenuantes muy calificadas autorizadas por ley y así se expresen y fundamente en la sentencia, de igual manera no se puede aplicar a una infracción gravísima una sanción ínfima de multa como si fuese leve, salvo que concurren atenuantes muy calificadas autorizadas por la ley y así se expresen y fundamente en la sentencia, lo que en este caso no ocurre.

Pues bien, el **vicio reclamado es precisamente que a infracciones gravísimas (y también a graves) se la ha impuesto el segmento más bajo de las multas consideradas para infracciones leves, sin fundamentar dicho excesivo beneficio al infractor.**

Es más, como vimos, la Sentencia Recurrída al analizar los vicios reclamados respecto **de la falta de ponderación y aplicación en concreto de las circunstancias que contempla el artículo 40 LOSMA para efectos de determinar la sanción a aplicar a cada infracción, reconoce que existe una ilegalidad pero la estima que no es determinante como para declarar la nulidad.**

En efecto, respecto de la circunstancia referida a **“la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación”** la Sentencia Recurrida en el considerando 827 sostiene que “no se aprecia que la SMA haya explicitado la medida o valor en que este factor o circunstancia influye en el cálculo del componente de afectación” y luego agrega en el considerando siguiente que: “si bien, **la resolución reclamada efectivamente no señala los puntajes asignados tanto al valor de seriedad, como al factor de incremento asociado a esta circunstancia**, conforme al principio de conservación del acto administrativo, tal **falta de motivación** no sería suficiente para constituir un vicio de ilegalidad que traiga aparejada la nulidad del acto reclamado [...]”.

Lo mismo señala en su considerando 834 y en el considerando 850 respecto de la circunstancia de “conducta anterior del infractor” y “capacidad económica del infractor”.

Es decir, respecto de la ponderación y aplicación **de 3 de las 8 circunstancias que establece el artículo 40 de la LOSMA, la Sentencia Recurrida reconoce que hay falta de motivación al no señalar los puntajes asignados tanto al valor de seriedad como al factor de incremento asociado a esta circunstancia.**

Y no sólo eso, sino que **dos de esas circunstancias** como lo son la **“intencionalidad de la infracción”** y la **“conducta anterior del infractor”** son precisamente las que se han estimado más relevantes por la **Ultma. Corte de Copiapó⁶** y por el **Segundo Tribunal Ambiental.**

⁶ **“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 de 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 el**

De hecho, lo que más llama la atención es que el Segundo Tribunal Ambiental **ya había hecho hincapié en este vicio** al tiempo de anular la primera resolución de la SMA, y aun así se incurre en el mismo vicio, pero esta vez la Sentencia Recurrída no acoge la reclamación.

En efecto, el Segundo Tribunal Ambiental consideró:

“Considerando Centésimo decimoséptimo: Que, al analizar la resolución impugnada, se puede constatar que los antecedentes señalados por el reclamante sí fueron mencionados, y que efectivamente aparecen contenidos en la consideración 100 letra c) de la citada resolución. Por lo tanto, desde el punto de vista formal, los antecedentes sí fueron considerados. 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. 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**

compromiso de la misma con la norma ambiental que gobierna y coacciona su actuar”
(Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, en **recurso de protección N° de Ingreso 300-2012**).

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 decimoctavo: (...) **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 [...]**”.

En este sentido, es la propia SMA la que ha establecido en sus bases metodológicas para determinar sanciones que: **“Es importante destacar que existen elementos comunes entre los criterios del artículo 36 de la LO-SMA, en base a los cuales se clasifica una determinada infracción, y las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, que son consideradas para determinar la sanción específica a aplicar por dicha infracción.** Esto responde al diseño del régimen sancionatorio ambiental introducido por el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece una **lógica complementaria entre los artículos 36, 39 y 40 de la LO-SMA, donde, en primer lugar, se debe establecer la gravedad de la infracción, en base a los criterios que entrega el artículo 36, para, posteriormente, determinar la sanción específica que corresponde aplicar, en base a lo establecido en el artículo 40**”⁷.

⁷ Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, diciembre 2017, página 21.

De esta manera, la SMA no puede desentenderse de la clasificación de la infracción realizada de conformidad al artículo 36 de la LOSMA, ya que es en función de ella que luego se establecen las sanciones que son aplicables y proporcionales a la misma en el artículo 39 (multas de hasta 1.000 UTA para las leves, de hasta 5.000 UTA para las graves y hasta 10.000 UTA para las gravísimas), y el artículo 40 viene a complementar ello señalando las circunstancias que se deben tener en consideración para determinar la sanción o cuantía de la multa en concreto pero atendiendo a la proporcionalidad fijada por el legislador en el artículo 39.

Así, **la SMA no puede vulnerar el principio de proporcionalidad** establecido por el legislador, salvo que concurran circunstancias muy calificadas (como se autoriza por el propio legislador en el caso de una segunda autodenuncia) y que ello sea motivado y fundado.

A este respecto la doctrina ha señalado que: “En segundo término, junto a la facultad de elegir la sanción, el legislador ha otorgado a la SMA competencia para recorrer el monto de las multas, al señalar sus topes. Es necesario indicar a este respecto que hay dos sanciones de multas que no cuentan con un mínimo establecido: aquellas correspondientes a infracciones graves y gravísimas (no existe un "desde"). Hipotéticamente, entonces, por infracciones gravísimas el regulador se encuentra autorizado a aplicar la multa de 1 UTA, aun cuando, desde luego, **podría afirmarse que esto vulneraría el principio de proporcionalidad**”.⁸

En otras palabras, la doctrina estima que de aplicarse un rango inferior al que se encuentra establecido de conformidad a la gravedad de la sanción, **se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad**, y, ello es evidente puesto que con ello se desnaturaliza la sanción.

⁸ SOTO DELGADO, PABLO, Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental, Ius et Praxis vol.22 no.2 Talca, 2016.

¿Qué sentido tiene determinar que una sanción es gravísima si se le va a aplicar una sanción establecida para una sanción leve?, más aún no existiendo poderosas razones para fundamentar tal manifiesta falta de proporcionalidad.

En este sentido, la doctrina ha sostenido que "no solo debe motivarse la decisión misma de sancionar, sino que también debe motivarse **la justificación del quantum, monto o entidad de la sanción**", esto es, "expresar las razones que llevaron a la administración a **aplicar determinado monto, cuantía o quantum de multa**, o entidad de la sanción administrativa en general."⁹

Pues bien, **al no pronunciarse la Sentencia Recurrída sobre la falta de proporcionalidad alegada respecto a la determinación de la cuantía de las multas y rechazar la configuración del vicio sin fundamentos de hecho y derecho que permitan determinar cuál fue el razonamiento que realizó el tribunal para arribar a esa conclusión, ha incurrido en el vicio de casación alegado, máxime cuando se tiene en consideración que la misma Sentencia Recurrída reconoce que la SMA no ha explicitado como ponderó 3 de las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA**, de manera que es imposible reconstruir cuál fue la razón para desnaturalizar por completo la naturaleza de las infracciones gravísimas y graves aplicándole multas en el segmento inferior del rango establecido para las infracciones leves.

2.2. FORMA EN QUE EL VICIO INFLUYE SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

De haberse analizado la falta de proporcionalidad y fundamentación alegada, se habría advertido que existe una vulneración al principio de proporcionalidad y una desnaturalización de la infracción, y que no existe en la Resolución Exenta N° 72 de la SMA fundamentación alguna que permita justificar -si pudiese justificarse- tamaña desproporcionalidad, ni que permita reproducir el razonamiento que se siguió para imponer tales ínfimas multas a infracciones

⁹ HUEPE ARTIGAS, FABIÁN, El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la administración, su control a través del principio de razonabilidad, en obra colectiva "Las sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo", p. 184 y 186.

calificadas como gravísimas y graves, esto es, que la resolución reclamada infringía lo dispuesto en los artículos 38, 39, 40 y 54 de la LOSMA; artículos 8°, 11°, 16° y 41° de la Ley N°19.880 y artículos 6, 7 y 19 N°2, N°3, N°20 y N°26 de la Constitución Política de la República.

De hecho, ya la sentencia reconoce que la SMA no indicó cómo se ponderaron en concreto 3 de las 8 circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para efectos de determinar los montos de las multas, mismo vicio que había constatado el Segundo Tribunal Ambiental y que importó la nulidad de la resolución reclamada.

De esta manera, se habría dispuesto por la Sentencia Recurrída que todas las infracciones clasificadas como gravísimas y graves a las que se les impuso penas de multa deben ser revisadas de modo que la sanción sea proporcional a la naturaleza de la infracción, y que cumpla con el fin disuasivo que les es propio, a fin que mis representadas no se tengan que ver nuevamente enfrentadas al daño sufrido y los enormes perjuicios causados por el incumplimiento de CMN SpA a la normativa ambiental, el que en todo caso persiste hasta el día de hoy como lo constató la Sentencia Recurrída.

En concreto, se habría dispuesto que las siguientes infracciones calificadas como **gravísimas**: (i) cargo 24.4 con una multa aplicada de 279 UTA; (ii) cargo 24.5 con una multa aplicada de 145 UTA; (iii) cargo 24.6 con una multa aplicada de 157 UTA y cargo 27 con una multa aplicada de 126 UTA; **se les aplicase una multa proporcional a dicha gravedad entre 5.001 y 10.000 UTA de conformidad al artículo 39 de la LOSMA**, ponderando las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para determinar el monto exacto de la multa y no pudiendo vulnerar dicha proporcionalidad salvo que existan razones fundadas y muy calificadas para ello de conformidad a la ley y así se expresen en la resolución que dicte la SMA.

Asimismo, se habría dispuesto que las siguientes infracciones clasificadas como **graves**: (i) cargo 23.1 con una multa aplicada de 39 UTA; (ii) cargo 23.3 con una multa aplicada de 39 UTA; (iii) cargo 23.4 con una multa aplicada de 754 UTA; (iv) cargo 23.8 con una multa aplicada de 667 UTA; (v) cargo 23.10

con una multa aplicada de 259 UTA; (vi) cargo 24.1 con una multa aplicada de 29 UTA; (vii) cargo 24.3 con una multa aplicada de 19 UTA; **se les aplicase una multa proporcional a dicha gravedad entre 1.001 y 5.000 UTA de conformidad al artículo 39 de la LOSMA**, ponderando las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para determinar el monto exacto de la multa y no pudiendo vulnerar dicha proporcionalidad salvo que existan razones fundadas y muy calificadas para ello de conformidad a la ley y así se expresen en la resolución que dicte la SMA.

3. SEGUNDO VICIO DE CASACIÓN EN LA FORMA CONSISTENTE EN LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 20.600 EN RELACIÓN CON LOS NUMERALES 4 Y 5 DEL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

3.1. LA SENTENCIA RECURRIDA INCURRE EN EL VICIO DE CASACIÓN EN LA FORMA EN CUESTIÓN AL RECHAZAR SIN FUNDAMENTOS EL “CUARTO VICIO GRAVE” DE LEGALIDAD RECLAMADO POR NUESTRA REPRESENTADA EN CONTRA DE LA RE N° 72 CONSISTENTE EN LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN N°72 EN LO QUE DICE RELACIÓN CON LA CAUSALIDAD EN LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS.

A este respecto, se expuso en nuestra reclamación que se advierten claros defectos en lo que dice relación con algunos aspectos fundamentales para la decisión, como sucede con la relación de causalidad entre los hechos imputados en los cargos N°s 5,7, 23.1, 23.3., 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.10, 23.12, 24.2, 24.3, 24.4, 24.5 y 27, entre otros, y la contaminación de las aguas. Lo que por lo demás ya había sido anotado por el I. Segundo Tribunal Ambiental, y así lo reconoce la propia SMA en el numeral 2379 de su resolución.¹⁰

¹⁰ “Que respecto de este punto, en síntesis, el Tribunal estableció el deber general de pronunciamiento fundado en materia de alteración de la calidad del agua al momento de proceder a la clasificación y determinación de las sanciones en la presente Resolución Sancionatoria (Considerando N°s 89-106). Para ello, se establecieron una serie de obligaciones específicas que la SMA deberá cumplir: (a) Considerar hechos anteriores a la vigencia de las competencias de la SMA en la medida que sea útiles para la determinación de los hechos investigados y la determinación de la sanción (Considerando N° 69); (b) Considerar que la modificación de la metodología de cálculo solicitada por la empresa, solo se circunscribe a la fase de construcción y no de operación del proyecto (Considerando N° 88); (c) Incluir documentos denominados Flash Reports en el procedimiento administrativo sancionador;

Sin embargo, en lo que respecta al análisis de la afectación y contaminación de las aguas la SMA en forma genérica se limita a señalar en el considerando 5065 de su resolución que: “Respecto de las alegaciones de los interesados, deben rechazarse las alegaciones formuladas por los habitantes del Valle del Huasco con fecha 25 de mayo de 2015, por las mismas razones expuestas en el párrafo anterior. Es la falta de causalidad entre la presente infracción y el daño en el medio ambiente, el que lleva a descartar la clasificación de gravedad de la literal a) del art. 36 N° 1 y N° 2 de la LO-SMA, lo que no significa que otros cargos del presente procedimiento no puedan tener esta clasificación de gravedad”.

Del mismo modo, en el numeral 5066 la RE N° 72 queda en evidencia su omisión al señalar: “Por otra parte, **es efectiva la afirmación de los interesados, consistente en que no respetar la construcción y funcionamiento del sistema de manejo de aguas como se disponía en la RCA N° 24/2006, pone en peligro la óptima conducción de las aguas. Ahora bien, ello no dice directa relación con la generación de un daño o un riesgo en la salud de la población, sino con el incumplimiento de medidas destinadas a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, como se verá a continuación**”.

En los términos referidos, como se expuso en nuestra reclamación, la SMA omitió pronunciarse acerca del daño y contaminación de las aguas en gran parte de los cargos infraccionales del procedimiento sancionatorio porque a su exclusivo juicio y sin dar razones de fondo para ello, éstos no tendrían relación directa con la contaminación de las aguas, no obstante lo cual, todos y cada uno de estos hechos dicen relación con la descarga de aguas no tratadas al Río Estrecho, el no monitoreo de los glaciares que es de donde surge el agua del valle, la no construcción del Sistema de Manejo de Aguas y de sus distintos componentes, como los canales perimetrales, la planta de osmosis inversa, el sistema de evaporación forzada, entre otros, todo lo cual no ha hecho sino afectar gravemente la calidad de las aguas.

(Considerando N° 97); y (d) Considerar el Oficio Ordinario DGA N° 426, incorporado al juicio como medida para mejor resolver ordenada por el Tribunal (Considerando N° 105)”.

Así, se advirtió que la SMA no se hace cargo del por qué la no construcción de la Planta de Tratamiento no tendría relación causal con el daño a la calidad de las aguas –cuando en ella, precisamente, se tratan las aguas contactadas para evitar toda contaminación-, lo cual pasa a ser más relevante aun cuando **la propia Sentencia Recurrída ha acogido la reclamación interpuesta en contra de la RE 70 y señalado la obligación que tenía y tiene CMN SpA de construir el sistema de tratamiento de aguas como medida urgente.**

El que se haya reconocido que se trata de una medida urgente incumplida da cuenta por sí mismo del grave daño o al menos peligro que ha representado dicha medida para el medio ambiente, mas la Sentencia Recurrída no repara en aquella omisión por parte de la SMA incurriendo con ello también en falta de fundamentación.

Cabe tener presente a este respecto que la SMA había dado por cumplida la Medida Urgente Transitoria en cuestión mediante la RE N° 70, por lo que al acogerse el reclamo contra dicha resolución y reconocerse que CMN SpA persiste en el incumplimiento de una medida urgente como era la construcción del sistema de aguas, **necesariamente se debe disponer que la SMA pondere dicho incumplimiento y los efectos, existentes o potenciales, en las aguas por el no cumplimiento de la medida urgente,** ya que es un hecho que no los tuvo en consideración.

También se señaló en nuestra reclamación que la SMA tampoco se hizo cargo de por qué no existiría relación causal entre la construcción de una Cámara de Captación y Restitución (“CCR”) de aguas al Río Estrecho y que no fue autorizada por la RCA, **en la medida que esta instalación fue creada por CMN específicamente para poder descargar agua sin tratar al Río Estrecho sin que se hayan medido su calidad, lo que, tal como quedó establecido en el procedimiento, ocurrió en reiteradas ocasiones:** “5005. Respecto del Cargo N° 23.10, el testigo en respuesta a la pregunta N° 73, al referirse a las obras del sistema de manejo de aguas de contacto, señaló que las aguas captadas por los pozos y sistema cortafuga eran "conducidas vía tubería a una Cámara de captación y restitución (CCR), esa cámara conforme

a antecedentes de pH y conductividad, se tomaba la decisión de restituir el agua al río o llevarlo a piscinas de almacenamiento".

Posteriormente, en respuesta a la pregunta N° 86, sobre el rol que cumplía la CCR, indicó que "Lo que permitía la CCR, el objeto de la CCR es no captar innecesariamente agua y permitir que escurra libremente, si es que existían las calidades adecuadas, escurriera libremente por el Río el Estrecho". Por su parte, en la respuesta 87, reconoce que la CCR debía obtener autorización de bocatoma, en conformidad con lo dispuesto en el art. 151 del Código de Aguas. Posteriormente, en respuesta a la pregunta N° 88, en que se le pide indicar desde cuándo está operativa la CCR, indica que desde el 2012, sin indicar una fecha específica, y agrega que la Gerencia de Medio Ambiente tenía monitoreos en línea que le permitían decidir si enviaba las aguas de contacto a las piscinas de acumulación 1 y 2, o si descargaba dichas aguas a través de la CCR. Finalmente, en la respuesta a la pregunta N° 90, señala, en relación a la CCR, que "En el expediente **fue una de las infracciones producto de que no estaba en el proceso de evaluación ambiental específicamente como obra**" (énfasis agregado)".

En este caso el daño resulta incuantificable, porque desgraciadamente no sabemos cuántas veces se usó esta CCR y las veces que se descargaron aguas contactadas, y tampoco sabríamos de su existencia sino fuera por los eventos climáticos de enero de 2013 que dejaron en evidencia la magnitud de los incumplimientos ambientales de CMN.

Esta omisión de la SMA al no explicar por qué no habría causalidad – afirmación que, por lo demás, no es efectiva y que carece de fundamento- **se traduce, en este caso, en la aplicación de una sanción pecuniaria por la suma de 250 UTA a una infracción calificada de gravísima**, lo que carece de toda lógica y reproduce la falta de motivación que fuera anteriormente constatada por el I. Segundo Tribunal Ambiental, incurriendo además en un manifiesto vicio al sancionar infracciones de distinta entidad con multas carentes de proporcionalidad.

De esta manera, y según lo sostuvimos en la reclamación, la ausencia de motivación en lo que dice relación con la causalidad del daño incide en un factor relevante para la calificación de las infracciones imputadas, y constituye una infracción tanto a las normas que establecen ese deber de motivar, ya citadas, como al artículo 36 de la LOSMA que ha resultado, en la especie, incorrectamente aplicado.

Pues bien, en su considerando 767 la Sentencia Recurrída señala en general que existe un extenso desarrollo en la resolución sancionatoria para los cargos, y en lo que respecta a los cargos N° 5 y 7, no se habría planteado una relación causal y de afectación de la contaminación de las aguas.

Sin embargo, agrega, del análisis relativo a la clasificación de la infracción y las ponderaciones del art. 40 de la LOSMA de la resolución reclamada, especial atención debe prestarse a los fundamentos expuestos en los considerandos 1272 y siguientes, en lo que respecta al cargo 5, así como los considerandos 2020, 2036 y 2037 del cargo 7.

Asimismo, en el considerando 769 sostiene que a juicio de los sentenciadores, el análisis de causalidad y afectación por contaminación de las aguas, da cuenta de un desarrollo con el fundamento y razonamiento adecuado para los cargos, y que en relación al cargo 27 además se señala que la reclamante en sede administrativa, ni en autos, logró acreditar como producto de la infracción se provocó una hipótesis de contaminación de las aguas.

Por último, señala que respecto de los cargos N°s 24.3, 24.3, 24.4, y 24.5 que la reclamante en sede administrativa no planteó una relación causal y de afectación de la contaminación de las aguas, por lo que el Tribunal se remitió al análisis de clasificación de la infracción y las ponderaciones del art. 40 de la LOSMA., y agrega que especial consideración debe prestarse a los fundamentos expuestos en los considerandos 6859 a 6863, en lo que respecta al cargo 24.4, así como los considerandos 7020 a 7022 del cargo 24.5.

Concluye, en su considerando 771 que no se advertiría en la resolución reclamada una falta de fundamentación u omisión en lo que dice relación con la causalidad y afectación de la contaminación de las aguas.

Es decir, lejos de expresar los fundamentos de hecho y derecho simplemente se remite a determinados considerandos de la Resolución Reclamada que no analiza, para desechar sin más el vicio alegado.

Elo, resulta **particularmente grave cuando se constata una vez más que los considerandos a los que se remite la Sentencia Recurrída simplemente advierten que CMN SpA no entregó la información debida lo que impidió verificar con los antecedentes entregados la existencia de contaminación.**

Por lo demás, es falso que no se haya alegado una relación de causalidad entre la infracción y sus efectos, toda vez que precisamente se reclamó que dicha falta de monitoreo que se aprecia en los distintos cargos e incumplimientos en relación a la construcción del sistema de manejo de aguas, fue lo que llevó a que las mismas se contaminaran a una extensión que no es posible determinar con precisión, y que incluso **podría estarse presentando contaminación hasta el día de hoy en virtud que no se ha cumplido la medida urgente de la construcción de dicho sistema como lo reconoció la Sentencia Recurrída.**

En efecto, por ejemplo, respecto del cargo 7 los considerandos 2020¹¹, 2036¹² y 2037¹³ lo que estos dan cuenta, en primer lugar, **es que la empresa no**

¹¹ Considerando 2020 RE N° 72. En relación al hecho descrito en el **numeral 7.2:** a. Es dable señalar que las mediciones de MPS en los glaciares comprometidos, es de suma relevancia para tener información precisa sobre la cantidad de polvo que se está depositando sobre la superficie de los glaciares y glaciaretos emplazados en el área de influencia del proyecto Pascua Lama, en otras palabras, el monitoreo de esta variable, es uno de los indicadores clave del PMGv3, el cual puede tener incidencias en el monitoreo de albedo y tasa de fusión de la nieve y hielo. Luego, la correlación del seguimiento entre las variables que dicen relación con la generación, transporte y dispersión de material particulado proveniente de las labores mineras y aquellas que expresan el comportamiento físico de los cuerpos glaciares, constituye uno de los aspectos claves al momento de evaluar su incidencia sobre la componente glaciar. En ese sentido, un chequeo oportuno de los efectos que pudiesen afectar a los cuerpos de hielo presentes en el área de influencia del proyecto permite minimizar la ocurrencia de eventos de disminución del albedo por causas antrópicas, en este caso, con cargo a la ejecución del proyecto en comento. b. En este sentido, efectuar el monitoreo de MPS con la continuidad y

entregó la información necesaria para que fuera posible descartar un daño en los glaciares: “a juicio de este Superintendente, para el presente cargo, los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, **no permiten determinar o descartar que se hubiera generado un daño o peligro**, en los cuerpos de hielo emplazados en el área de influencia del proyecto Pascua Lama, producto de la infracción. **Ello pues, la falta de rigurosidad en la implementación del PMGv3562, traducida en: periodos incompletos de datos; falta de datos para algunos cuerpos de hielo; valores dicotómicos en informes presentados ante la autoridad, que**

frecuencia establecida en el PMGv3, es central para determinar si las distintas actividades del proyecto están aumentando las emisiones de polvo que se deposita en los cuerpos de hielo y la efectividad de las medidas para controlarlo. c. Respecto al argumento de CMNSpA relacionado con que el análisis de datos y los estudios de tendencia sí pudieron efectuarse tal como consta en los informes de laboratorio adjuntados, se debe señalar que éste se refiere más bien a la configuración de la obligación. No obstante lo anterior, es dable reiterar que las figuras presentadas por CMNSpA para evidenciar la tendencia de las tasas de depositación se elaboraron en base a resultados que fueron obtenidos con una metodología que contempla frecuencias para los periodos de muestreo distintas a las señaladas en el anexo 1-6 del PMGv3, sin aportar nuevos antecedentes que permitan salvar las deficiencias de las mediciones originales que fueron reportadas. d. Asimismo, corresponde referirse al segundo argumento esgrimido por CMNSpA para desvirtuar la centralidad de la medida, consistente en que el análisis de tendencia no es necesario para determinar los balances de masa, energía e hídrico, ya que los datos de MPS deben ser apreciados de manera cualitativa. Al respecto, no es posible afirmar, que una medición comprometida en el PMGv3 tiene relevancia solo en cuanto sirve de base para efectuar alguno de los balances que se contemplan en dicho plan, tal como lo sugiere la empresa en sus descargos. En este caso, la información recabada mediante las mediciones de MPS es fundamental para uno de los objetivos del PMGv3, consistente en determinar si la ejecución del proyecto está aumentando las emisiones de polvo que se deposita en los cuerpos de hielo.

¹² Considerando 2036 RE N° 72. Con independencia de las alegaciones de la empresa, **a juicio de este Superintendente, para el presente cargo, los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, no permiten determinar o descartar que se hubiera generado un daño o peligro, en los cuerpos de hielo emplazados en el área de influencia del proyecto Pascua Lama, producto de la infracción. Ello pues, la falta de rigurosidad en la implementación del PMGv3562, traducida en: periodos incompletos de datos; falta de datos para algunos cuerpos de hielo; valores dicotómicos en informes presentados ante la autoridad, que arrojan datos de fusión aún con temperaturas bajo 0° Celsius; análisis parcializados de las causas en caso de detección de situaciones de riesgo o peligro a los glaciares; falta de integración de variables analizadas; frecuencias dispares de los monitoreos que no permiten una correcta trazabilidad e integración del PMGv3 en su totalidad, lo que genera que informes tan relevantes como el de MPS, no puedan ser integrados o analizados en conjunto con las variaciones diarias de albedo promedio y no se aporta explicación o relación para cada anomalía del valor albedo (medido, corregido o modelado), ya sea en función de condiciones climáticas favorables para la depositación de MPS en los cuerpos de hielo y mucho menos se analiza el origen de dicho MPS, elemento crucial del PMGv3; falta de verificación en terreno de datos cruciales para el cálculo de distintos balances del proyecto, tales como la densidad de nieve y valores de balances de energía, hacen que esta circunstancia en particular no pueda ser analizada.**

¹³ Considerando 2037 RE N° 72. Lo anterior, es aun a pesar del esfuerzo realizado por esta Superintendencia, el cual se refleja a través de un ejercicio matemático modelado, el que fue descartado como medio probatorio para el presente procedimiento sancionatorio, al presentar porcentajes significativos de error, por lo que no permite determinar o descartar que se hubiese generado un escenario de riesgo significativo o daño a los glaciares y glaciaretos del área de influencia del proyecto Pascua Lama, a causa del desarrollo del proyecto minero.

arrojan datos de fusión aún con temperaturas bajo 0° Celsius; análisis parcializados de las causas en caso de detección de situaciones de riesgo o peligro a los glaciares; falta de integración de variables analizadas; frecuencias dispares de los monitoreos que no permiten una correcta trazabilidad e integración del PMGv3 en su totalidad, lo que genera que informes tan relevantes como el de MPS, no puedan ser integrados o analizados en conjunto con las variaciones diarias de albedo promedio y no se aporta explicación o relación para cada anomalía del valor albedo (medido, corregido o modelado), ya sea en función de condiciones climáticas favorables para la depositación de MPS en los cuerpos de hielo y mucho menos se analiza el origen de dicho MPS, elemento crucial del PMGv3; falta de verificación en terreno de datos cruciales para el cálculo de distintos balances del proyecto, tales como la densidad de nieve y valores de balances de energía, hacen que esta *circunstancia en particular no pueda ser analizada*".

Es decir, **no descartan un daño ambiental a los glaciares ni se pronuncian sobre la contaminación de las aguas producto de la infracción o el peligro en cuestión**, la que como hemos señalado debió haber sido analizada, incurriendo la Sentencia Recurrída a este respecto en el vicio que se alega.

En lo que respecta al cargo 24.4 la Sentencia Recurrída se remite a los considerandos 6859 a 6863 de la RE N° 72¹⁴, en los cuales nuevamente se

¹⁴ 6860. En esta línea, para esta Superintendencia era relevante obtener información en el punto de monitoreo i), con el objeto de determinar la calidad del agua que estaba siendo descargada desde la CCR hacia el Río Estrecho. Asimismo, la información acerca de los monitoreos en los puntos ii) y iii) era necesaria para determinar la verdadera capacidad de tratamiento de la planta DAR y sus unidades asociadas, considerando que se constató que no estaban construidas todas las unidades exigidas en la respectiva evaluación ambiental. En el mismo sentido, en ese momento era relevante también tener información en el punto iv), para conocer la calidad del agua que, eventualmente, se estaba descargando desde la piscina de pulido al río Estrecho.

6861. En relación al punto de monitoreo i), en este procedimiento sancionatorio no existen antecedentes para comprobar que se provocó daño en el medio ambiente o a la salud de las personas con ocasión de las descargas efectuadas desde la CCR, tal como se analizó respecto de la infracción 23.11. En relación a los puntos de monitoreo ii) y iii), tampoco existen antecedentes para determinar que se derivó un daño de la falta de construcción de las unidades asociadas a la planta DAR, tal como se analizó respecto de las infracciones 23.4, 23.5 y 23.6. Asimismo, respecto del punto iv), tampoco se constató un daño derivado de eventuales descargas desde la piscina de pulido. Como consecuencia de lo anterior, tampoco es posible asociar ningún daño a los incumplimientos que dan origen a la infracción 24.4, debiendo descartarse este supuesto como una circunstancia que incrementa el componente de afectación.

6862. Luego, en relación al peligro ocasionado, se debe reiterar que, tal como se señaló respecto de la infracción 23.11, se generó un peligro de afectación de los recursos hídricos de

advierte la falta de información entregada por CMN SpA que impide realizar el análisis correspondiente: “Por lo tanto, se puede concluir que, faltando información acreditada respecto de la calidad de las aguas en los puntos i), ii), iii) y iv) durante todo el periodo en que estuvo vigente la medida provisional, no es posible determinar cuáles hubiesen sido las medidas más apropiadas para eliminar o minimizar el peligro ocasionado por las descargas desde la CCR, la falta de construcción de las unidades asociadas a la planta DAR o eventuales descargas desde la piscina de pulido. Con mayor razón, no es posible determinar la magnitud del aporte de esas posibles medidas en la eliminación o mitigación del peligro”

Por último, en lo que respecta al cargo 24.5 la Sentencia Recurrída se remite a los considerandos 7020 a 7022¹⁵, los que nuevamente dan cuenta de que la

la cuenca del río Estrecho y de la salud de la población, vinculado al funcionamiento y operación de la CCR. Asimismo, tal como se señaló respecto de las infracciones 23.4, 23.5 y 23.6 de la falta de construcción de las unidades asociadas a la planta DAR se derivó un peligro de afectación de los recursos hídricos. Finalmente, también se podría haber generado un peligro vinculado a eventuales descargas desde la piscina de pulido. Sin embargo, esta última circunstancia no le consta a esta Superintendencia debido, precisamente, a que la empresa no entregó información acreditada del punto iv).

6866. Por lo tanto, se puede concluir que, faltando información acreditada respecto de la calidad de las aguas en los puntos i), ii), iii) y iv) durante todo el periodo en que estuvo vigente la medida provisional, no es posible determinar cuáles hubiesen sido las medidas más apropiadas para eliminar o minimizar el peligro ocasionado por las descargas desde la CCR, la falta de construcción de las unidades asociadas a la planta DAR o eventuales descargas desde la piscina de pulido. Con mayor razón, no es posible determinar la magnitud del aporte de esas posibles medidas en la eliminación o mitigación del peligro.

¹⁵ 7019. Asimismo, **la información en el punto NE-2A, era necesaria para determinar los efectos que podían tener las descargas efectuadas desde la CCR al mezclarse con las aguas de la cabecera del río Estrecho, aguas arriba de la descarga desde la piscina de pulido.** Ello debido a que en este punto, además de las aguas descargadas desde la CCR, confluyen aguas de no contacto provenientes del canal perimetral norte, posteriormente tratadas en el sedimentador, y aguas provenientes de afluentes naturales.

7020. En relación a los monitoreos que se debían efectuar en los puntos señalados en el numeral 2 del capítulo II, del resuelto Primero de la Res. Ex. N°107/2013, en este procedimiento sancionatorio, **no existen antecedentes para comprobar que se provocó daño en el medio ambiente o a la salud de las personas con ocasión del funcionamiento u operación de las piscinas de acumulación.** Respecto de los monitoreos señalados en el numeral 3, tampoco se constató un daño derivado de las descargas efectuadas desde la CCR. Como consecuencia de lo anterior, tampoco es posible asociar ningún daño a los incumplimientos que dan origen a la infracción 24.5, debiendo descartarse este supuesto como una circunstancia que incrementa el componente de afectación de la misma.

7021. Luego, en relación al peligro ocasionado, se debe señalar que en el presente procedimiento sancionatorio no existen antecedentes para comprobar que se provocó peligro en el medio ambiente o a la salud de las personas con ocasión del funcionamiento u operación de las piscinas de acumulación. Como consecuencia de lo anterior, tampoco es posible asociar ningún peligro a los incumplimientos relacionados con los monitoreos que debían efectuarse en los puntos señalados en el numeral 2.

7022. Sin embargo, **en relación al punto NE-2A, se debe reiterar que, tal como se determinó respecto de la infracción 23.11, existió un peligro de afectación de los recursos hídricos de la cuenca del río Estrecho y de la salud de la población, vinculado a**

falta de entrega de información por parte de CMN SpA dificultó el análisis relativo a la contaminación o daño ambiental provocado: **“la información en el punto NE-2A, era necesaria para determinar los efectos que podían tener las descargas efectuadas desde la CCR al mezclarse con las aguas de la cabecera del río Estrecho, aguas arriba de la descarga desde la piscina de pulido**. Ello debido a que en este punto, además de las aguas descargadas desde la CCR, confluyen aguas de no contacto provenientes del canal perimetral norte, posteriormente tratadas en el sedimentador, y aguas provenientes de afluentes naturales”.

En suma, todos los considerandos a que se remite la Sentencia Recurrída **no se refieren al análisis de causalidad entre la infracción y la contaminación de las aguas, sino a cómo la SMA ha permitido a CMN SpA beneficiarse de su propio incumplimiento de falta de entrega de información.**

Y respecto del vicio alegado en nuestra reclamación en relación con las infracciones 23.1, 23.3, 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.10, 23.12, 24.2 y 24.3 la Sentencia Recurrída simplemente no se pronuncia ni realiza análisis alguno

De esta manera, la Sentencia Recurrída carece de fundamentos de hecho y derecho para haber descartado el vicio alegado falta de fundamentación de la Resolución N°72 en lo que dice relación con la causalidad en la contaminación de las aguas, sea porque simplemente se remite a considerandos de la RE N° 72 que no se refieren a la causalidad en la contaminación de las aguas, o

las descargas efectuadas desde la CCR que se mezclaron con las aguas de la cabecera del río Estrecho.

7023. No obstante lo anterior, la ausencia de información acreditada respecto de la calidad de las aguas en el punto NE-2A, no permite a esta Superintendencia determinar cuáles hubiesen sido las medidas más apropiadas para eliminar o minimizar el peligro ocasionado. Como consecuencia de lo anterior, tampoco existen antecedentes que permitan ponderar en qué forma, las posibles nuevas medidas que esta Superintendencia podría haber adoptado, en caso de haber contado con la información acreditada en el punto NE-2A, habría disminuido el riesgo de afectación de los recursos hídricos en la cuenca del Río Estrecho o la salud de la población.

7026. Asimismo, faltando información acreditada respecto de la calidad de las aguas en el punto NE-2A, durante todo el periodo en que estuvo vigente la medida provisional, no es posible determinar cuáles hubiesen sido las medidas más apropiadas para eliminar o minimizar el peligro ocasionado por las descargas desde la CCR que se mezclaron con las aguas de la cabecera del Río Estrecho. Por lo tanto, con menor razón, es posible determinar la magnitud del aporte de esas posibles medidas en la eliminación o mitigación del peligro.

porque simplemente omite pronunciarse respecto de un sinnúmero de infracciones en las que se denunció este vicio.

Siendo que debiera haber analizado y ponderado la causalidad entre las infracciones y la contaminación actual o potencial de las aguas, sea para la clasificación de las infracciones en cuestión en relación al artículo 36 de la LOSMA, sea para la posterior determinación de la sanción en concreto de conformidad a los artículos 38, 39 y 40 de la LOSMA.

3.2. FORMA EN QUE EL VICIO INFLUYE SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

De haber la sentencia analizado el vicio reclamado, hubiese advertido que efectivamente existía una falta de fundamentación en la RE N° 72 en lo relativo a la causalidad entre las infracciones señaladas y la contaminación actual o potencial de las aguas, especialmente teniendo en consideración que la SMA consideraba que las Medidas Urgentes y Transitorias se encontraban cumplidas y la Sentencia Recurrída ha declarado que ello no era así y que subsiste el incumplimiento de CMN de construir el sistema de manejo de aguas que era y es precisamente la forma que se estableció en la RCA para proteger los recursos hídricos del valle y, por consiguiente, a los agricultores como mis representadas.

Todo lo cual necesariamente hubiera tenido por efecto que se ordenase a la SMA analizar debidamente y ponderar la causalidad entre las infracciones señaladas y la contaminación actual o potencial de las aguas, teniendo especialmente en cuenta el incumplimiento de la construcción del Sistema de Manejo de Aguas, lo que importaba tener ello en consideración para la clasificación de las infracciones de conformidad al artículo 36 de la LOSMA y para la determinación de la sanción en concreto de conformidad a dicha gravedad según lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 40 de la LOSMA.

4. TERCER VICIO DE CASACIÓN EN LA FORMA CONSISTENTE EN LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 20.600 EN RELACIÓN CON LOS NUMERALES 4 Y 5 DEL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

4.1. LA SENTENCIA RECURRIDA INCURRE EN EL VICIO DE CASACIÓN EN LA FORMA EN CUESTIÓN AL RECHAZAR SIN FUNDAMENTOS EL “QUINTO VICIO GRAVE” DE LEGALIDAD RECLAMADO POR NUESTRA REPRESENTADA EN CONTRA DE LA RE N° 72 CONSISTENTE EN LA FALTA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE AL RECALIFICAR EL CARGO 23.13 Y AL ABSOLVER A CMN DE ÉSTE.

En lo que nos interesa, se reclamó también que la Resolución N°72 era contraria a derecho por cuando absuelve a CMN del cargo 23.13¹⁶, en circunstancias que la empresa se había allanado al mismo y que la falta de información concreta para configurar el cargo no podía servir de causal de absolución cuando se trata de información que la misma compañía debió haber entregado.

Esa contrariedad a Derecho, se sostuvo, se configura por infracción a las normas que imponen el deber de motivación en los artículos 11 y 41 de la Ley 19.880, y el artículo 54 de la LOSMA, así como los artículos 35 y 36 de esta última, que tipifican las infracciones y establecen su sanción, y que no han sido aplicados o han resultado incorrectamente aplicados.

A este respecto, la Sentencia Recurrída señala que la configuración del cargo fue motivada inicialmente por un informe cuyo presupuesto fáctico era “la alteración de la calidad de las aguas subterráneas en los pozos ubicados inmediatamente aguas abajo del muro cortafugas”. Sin embargo, luego dicho informe se desestimó, puesto que para demostrar dicha alteración se comparó los valores detectados en los pozos L4, con los valores máximos de la línea de base del pozo BT-3, lo que luego se estimó improcedente y que habría sido ratificado por el **Segundo Tribunal Ambiental** al indicar “comparte la conclusión del superintendente de que el pozo BT3 no sería pertinente para su

¹⁶ Cargo referido a la falta de captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del depósito de estériles nevada norte durante el mes de enero de 2013.

comparación puntual con L4 y que, para verificar el comportamiento del muro, **se habría requerido una serie de datos previos de estos pozos L4 que el titular no entregó**”.

Es decir, pese a que los hechos constitutivos de la infracción fueron reconocidos en el procedimiento administrativo por la infractora, la Sentencia Recurrída confirma la absolución a CMN y ello nuevamente a **partir de la falta de información existente para determinar si existía obligación o no de captar las aguas**, sin que se analice ni fundamente cómo la no entrega de los datos previos por parte del titular respecto de los pozos L4 influyó en que no se haya podido realizar la comparación pertinente y cómo dicha falta de entrega debió considerarse para configurar una infracción, más que establecer que el infractor podía beneficiarse de su propio dolo o negligencia.

4.2. FORMA EN QUE EL VICIO INFLUYE SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

Pues bien de haber el Tribunal analizado y ponderado la circunstancia de cómo la no entrega de los datos previos por parte del titular respecto de los pozos L4 influyó en que no se haya podido realizar la comparación pertinente y cómo dicha falta de entrega debió considerarse para configurar una infracción más que establecer que el infractor podía beneficiarse de su propio dolo o negligencia, la Sentencia Recurrída necesariamente habría dejado sin efecto la absolución del cargo 23.13 y ordenado que la SMA analice y fundamente debidamente dichas circunstancias y la configuración de la infracción.

POR TANTO,

SOLICITO AL ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL: Tener por interpuesto recurso de casación en la forma en contra de la dictada por vuestro Ilustre Tribunal Ambiental con fecha 17 de septiembre de 2020 y notificado a esta parte con esa misma fecha, pidiendo que sea concedido y los autos elevados a la Excma. Corte Suprema, para que, conociendo del recurso, lo acoja en todas sus partes, declarando su nulidad por haberse dictado con

infracción de ley que afecta lo dispositivo del fallo y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, con costas.

PRIMER OTROSÍ: En conjunto con el recurso de casación en la forma interpuesto en lo principal de esta presentación, y encontrándome dentro de plazo y de conformidad con el artículo 26 de la ley 20.600 en relación a los artículos 764, 767 y 770 del Código de Procedimiento Civil, vengo en interponer **recurso de casación en el fondo** en contra de la sentencia dictada por vuestro Ilustre Tribunal Ambiental con fecha 17 de septiembre de 2020 ("Sentencia Recurrída"), pidiendo que sea concedido y los autos elevados a la Excma. Corte Suprema, para que ésta, conociendo del recurso, lo acoja en todas sus partes, declarando su nulidad por haber incurrido en errores de Derecho y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo.

A fin de evitar reiteraciones, me remito a la exposición de los antecedentes de este juicio realizada en lo principal de esta presentación, la que solicito tener por reproducida para todos los efectos legales.

De conformidad a lo establecido en nuestro ordenamiento, la **ley que concede el recurso de casación en el fondo** por estas causales es el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 26 de la ley 20.600.

Por las consideraciones que se expondrán a continuación, resulta indispensable decretar la nulidad de la Sentencia Recurrída por contener graves infracciones de Derecho, dictando una sentencia de reemplazo que se ajuste a nuestro ordenamiento jurídico ambiental y general.

En particular, y en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, a continuación se desarrollarán claramente en qué consisten los errores de derecho de que adolece la Sentencia Recurrída, y en cada caso se señalará de qué modo esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

I.

PRIMER ERROR DE DERECHO: INFRACCIÓN A LOS ARTÍCULOS 38, 39 y 40 DE LA LEY ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIOAMBIENTE EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 19 N°2, N°3, N° 20 Y N°26 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA y 19, 22 y 24 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 36 de la ley 20.417 Orgánica de la Superintendencia de Medioambiente (“LOSMA”) establece que:

“Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

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

- a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación.
- b) Hayan afectado gravemente la salud de la población.
- c) Impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de metas, medidas, y objetivos de un Plan de Prevención o Descontaminación.
- d) Hayan entregado información falsa u ocultado cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima.
- e) Hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia.
- f) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley.

g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo.

2.- Son infracciones **graves**, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.

b) Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población.

c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.

d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior.

e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.

f) Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia.

g) Constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla.

h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.

i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.

3.- Son infracciones **leves** los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.”

Por su parte, el artículo 38 de la LOSMA dispone:

“Las infracciones cuyo conocimiento compete a la Superintendencia, podrán ser objeto de las siguientes sanciones:

- a) Amonestación por escrito.
- b) Multa de una a diez mil unidades tributarias anuales.
- c) Clausura temporal o definitiva.
- d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental”.

Luego, el artículo 39 de la misma ley prescribe:

“La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, **según su gravedad**, dentro de los siguientes rangos:

- a) Las infracciones **gravísimas** podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de **hasta diez mil unidades tributarias anuales**.
- b) Las infracciones **graves** podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de **hasta cinco mil unidades tributarias anuales**.
- c) Las infracciones **leves** podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta **mil unidades tributarias anuales**”.

Finalmente, el artículo 40 de la LOSMA establece que:

“Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

- e) La conducta anterior del infractor.
- f) La capacidad económica del infractor.
- g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.
- h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.
- i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, se relevante para la determinación de la sanción”.

Como cuestión de orden general, cabe recordar que la Excma. Corte Suprema admite alegar como causal de casación en el fondo la infracción a normas constitucionales, ya sea por omitir su aplicación, o sea cuando las normas legales inferiores no han sido interpretadas conforme a la Carta Fundamental¹⁷.

1. LOS ERRORES DE DERECHO: FALSA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 36, 38, 39 Y 40 DE LA LOSMA EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 19 N° 2, N° 3, N°20 Y N°26 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y ARTÍCULOS 19, 22 Y 24 DEL CÓDIGO CIVIL.

Como ya se adelantó, la RE N° 72 a pesar de calificar infracciones como gravísimas de conformidad al artículo 36 de la LOSMA, luego impone multas absolutamente desproporcionadas a dicha clasificación y que desnaturalizan la naturaleza de la infracción.

¹⁷ “Que, ahora bien, como la gestión que contempla el artículo 6º de la Ley 4.287 no admite ni posibilita resolver esta controversia puesto que la notificación de que trata aparece que sólo tiene por finalidad avisar al deudor que se va a proceder a vender la prenda, y no constituye por ende un requerimiento ni autoriza para oponer excepciones, ni menos aportar probanzas etc. conforme al principio de bilateralidad, **resulta de manifiesto que tal situación no guarda correspondencia con la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 3, inciso 5º de la Constitución Política de República**, en cuanto garantiza siempre un juzgamiento dentro de un procedimiento racional y justo, principios que no se contemplan en la normativa examinada de la Ley 4.287, **de lo que se sigue que los jueces recurridos, al negar lugar a la oposición del pretendido deudor prendario no sólo desentendieron esos principios de superior jerarquía, sino que infringieron ese mandato constitucional, privándolo del derecho de hacer valer sus defensas o excepciones en el juicio correspondiente**, vulnerando por consiguiente también, lo preceptuado en el inciso primero del artículo 823 del Código de Procedimiento Civil en razón del carácter de legítimo contradictor que resulta de tener en esta gestión *el recurrente, todo ello con influencia sustancial en resolución reclamada*” Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de agosto de 2008, N° de Ingreso 2.490-2007, Vid. ww.poderjudicial.cl

Al respecto, se destacó, a modo meramente ejemplar, que las infracciones contenidas en los cargos 24.4, 24.5, 24.6 y 27, todas calificadas como gravísimas por la SMA, fueron sancionados con las irrisorias multas de 279 UTA, 145 UTA, 157 UTA y 126 UTA, respectivamente. Otras calificadas como graves y que se les aplicó una ínfima multa de 39 UTA en el caso del cargo 23.3 y 19 UTA en el caso del cargo 24.3, y finalmente algunas infracciones calificadas como leves se les impusieron sanciones mayores como es el caso, por ejemplo, del cargo 1 que se aplicó multa por 831 UTA, el cargo 5 por 1.000 UTA y el cargo 23.12 por 1.000 UTA, situación que no tiene sustento jurídico alguno.

En relación a ello, en nuestra reclamación sostuvimos que si bien la SMA dispone de cierto grado de discrecionalidad en la determinación exacta de las sanciones a imponer de acuerdo con la LOSMA, lo cierto es que las sanciones deben guardar estricta relación con la gravedad de las infracciones cometidas, pudiendo graduarse –factor de incremento o disminución de la sanción– conforme a las circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSMA. La SMA no puede imponer otras sanciones distintas a las señaladas en el artículo 38 LOSMA ni tampoco puede establecer las sanciones sin considerar las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la misma ley. Ello deriva de “que ha sido el legislador quien ha ponderado razonablemente, usando de sus facultades soberanas, la proporcionalidad entre la infracción y la sanción respectiva”¹⁸.

Respecto de este vicio reclamado, la Sentencia Recurrída sostiene en su considerando 804 que “este Tribunal no advierte ilegalidad o arbitrariedad alguna en la circunstancia alegada por las sociedades Agrícolas, **toda vez que**

¹⁸ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, dictada en la causa Rol N°1413/2010, considerando 36°. Asimismo, cabe tener presente que “el principio de proporcionalidad opera en materia punitiva en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo”. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [citado 2018-01-31], pp.399-439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>.

las multas aplicadas por la SMA se encuentran dentro de los márgenes establecidos por la ley para el tipo de infracción cometida, y han sido determinadas considerando las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Lo anterior significa que no existe impedimento alguno para que una infracción grave tenga una multa menor que una leve, o viceversa, en la medida que se respeten los máximos legales y ellas estén debidamente motivadas”.

A este respecto, como ilustra la historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.417, y de conformidad a la que se debe interpretar la ley por disposición del artículo 19 del Código Civil, el proyecto original establecía en el artículo 39 pisos mínimos de multa respecto de cada infracción:

“Artículo 39.- La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos: a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, **o multa de cinco mil una hasta diez mil unidades tributarias anuales**; b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, **o multa desde quinientas una hasta cinco mil unidades tributarias anuales**, y c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o **multa de una hasta quinientas unidades tributarias anuales**”¹⁹.

De hecho, **la existencia de pisos mínimos de multa en relación con la gravedad de la sanción fue destacada en la tramitación de la ley tanto por el asesor jurídico de CONAMA²⁰ como por su presidenta²¹.**

¹⁹ Historia de la ley 20.417, mensaje presidencial, página 46, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, www.bcn.cl

²⁰ “Asimismo, se tratará de explicitar la competencia que concentra la Superintendencia a fin de evitar duplicidad, precisar las garantías de procedimiento en lo que dice relación con criterios de gravedad, **pisos mínimos de multas**, acceso a la reclamación judicial, así como a mejorar las reglas de incentivo para el cumplimiento”, Historia de la ley 20.417, página 178, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, www.bcn.cl

²¹ “También la iniciativa precisa la garantía de los procedimientos, atendiendo a la gravedad, pisos mínimos de multa, y la reclamación judicial a la que se ha aludido anteriormente” Historia de la ley 20.417, , página 178, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, www.bcn.cl.

Ello si bien fue modificado mediante indicación en la Comisión de Recursos Naturales sin que conste mayor debate ni explicación²², **resulta evidente que el artículo 39 contempla rangos de multas que el legislador estableció teniendo en cuenta la gravedad de la infracción**, tal como se señala por lo demás en el enunciado del mismo artículo, de los cuales la Superintendencia no se puede desentender sin más.

De este modo si la infracción leve debe tener una multa asociada de hasta 1.000 UTA, resulta de toda lógica que una infracción que fue calificada como de mayor gravedad, esto es, como grave, parta siendo sancionada con una multa superior a la establecida para la leve pero inferior a aquellas establecidas para las gravísimas, esto es, de 1.001 a 5.000 UTA, y que finalmente las que son calificadas como las de mayor gravedad parta siendo sancionada con una multa superior a la establecidas para las simplemente graves, esto es, de 5.001 UTA a 10.000 UTA.

El sostener que la Superintendencia puede discrecionalmente recorrer todo el rango legal desde 1 a 10.000 UTA desentendiéndose de la clasificación de la infracción (cuando es gravísima) si aplica para ello los criterios del artículo 40 de la LOSMA, **es sostener que para efectos de las sanciones pecuniarias la clasificación de las infracciones establecidas en el artículo 36 de la LOSMA no tiene ninguna importancia y que puede desnaturalizarse absolutamente la infracción mediante la discrecionalidad de la SMA, desconociendo con ello además el carácter complementario que tienen dichas normas.**

²² Se presentaron las siguientes indicaciones: 1.- De la señora Cubillos y señores Bauer, Chahuán, García-Huidobro y Sepúlveda, para eliminar, en el artículo 39, en las letras a) y b) la palabra "Clausura". 2.- De los mismos Diputados, en subsidio de la anterior, para reemplazar en las letras a) y la b) la palabra "clausura" por la frase "clausura temporal que no podrá exceder de 15 días". 3.- Del Ejecutivo: a) Para suprimir en la letra a), la frase "cinco mil una". b) Para reemplazar en la letra b), la expresión "desde quinientas una" por "de". c) Para eliminar en la letra c), la palabra "una". 4.- la señora Pascal y los señores Accorsi, Espinosa, Girardi, señora Pascal presentaron indicación para: a) Reemplazar en la letra a) la siguiente expresión "cinco mil una hasta diez", por "hasta cincuenta". b) Sustituir en la letra b) la expresión "desde quinientas una hasta cinco" por "de hasta veinticinco". c) Reemplazar en a la letra c) la expresión "de una hasta quinientas" por la palabra "hasta mil". Las indicaciones 1 y 2, fueron rechazadas, por 4 votos en contra y 3 a favor. Las indicaciones que contempla el numeral 3, se rechazaron, por unanimidad. El artículo y las indicaciones signadas con el número 4, fueron aprobadas, por unanimidad. Historia de la ley 20.417, Informe Comisión Recursos Naturales, página 262, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, www.bcn.cl

En efecto, **para que una infracción sea clasificada como gravísima deben concurrir los hechos que establece el artículo 36, todos los cuales suponen el máximo grado de reprochabilidad por el legislador ambiental, sea por la existencia de un daño irreparable o de circunstancias que importan un actuar doloso** -que incluso podrían ser objeto de sanción penal- como es la entrega de información falsa u obstaculización de la investigación.

Así, luego de que se ha verificado dicho máximo grado de reprochabilidad y calificado una infracción como gravísima, no puede luego la Superintendencia desentenderse de dicha clasificación y sancionar la infracción como si fuera una infracción leve que solo amerita un grado de reproche menor.

De igual manera que para una infracción gravísima no se puede imponer una sanción no pecuniaria de amonestación, tampoco se puede imponer una multa inferior a 1.000 UTM **porque desnaturaliza la infracción e infringe la proporcionalidad establecida por el legislador.**

La única excepción a lo anterior que autorizaría romper dicha proporcionalidad establecida por el legislador serían circunstancias muy calificadas y fundadas, como la establecida en el artículo 41 de la LOSMA en el caso de una segunda autodenuncia, que no es el caso de autos.

De esta manera, **la ponderación de circunstancias que establece el artículo 40 de la LOSMA no es una autorización para desentenderse de la clasificación de la infracción realizada de conformidad al artículo 36, sino una norma complementaria que sirve para determinar la sanción en específico según la gravedad de la infracción, es esa la interpretación armónica de la ley que mandata realizar el artículo 22 del Código Civil.**

La propia SMA ha establecido en sus bases metodológicas para determinar sanciones que: “Es importante destacar que **existen elementos comunes entre los criterios del artículo 36 de la LO-SMA, en base a los cuales se clasifica una determinada infracción, y las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA**, que son consideradas para determinar la sanción específica a aplicar por dicha infracción. Esto responde al diseño del régimen sancionatorio

ambiental introducido por el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece una **lógica complementaria entre los artículos 36, 39 y 40 de la LO-SMA, donde, en primer lugar, se debe establecer la gravedad de la infracción, en base a los criterios que entrega el artículo 36, para, posteriormente, determinar la sanción específica que corresponde aplicar, en base a lo establecido en el artículo 40**²³.

De esta manera, **los artículos 36, 38, 39 y 40 de la LOSMA deben interpretarse y aplicarse de conformidad al principio de proporcionalidad** de las sanciones que se deriva de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, de la igual protección de la ley contemplada en su 19 N° 3, y la de igualdad ante las cargas públicas consagrada en su artículo 19 N° 20, **y del propio espíritu e historia de la ley, su contexto y del espíritu general de la legislación de conformidad a los artículos 19, 22 y 24 del Código Civil.**

Dicha interpretación y aplicación importa que las multas que se impongan deben ser proporcionales a la clasificación de la infracción que se realizó de conformidad al artículo 36 de la LOSMA, no pudiendo -salvo circunstancias muy calificadas y excepcionales- imponer a una infracción gravísima la multa que corresponde a una infracción leve so pena de desnaturalizar la infracción y vulnerar gravemente el principio de proporcionalidad.

En este sentido, en materia de sanciones administrativas, el Tribunal Constitucional se “ha pronunciado en numerosas oportunidades a favor del principio de proporcionalidad, especialmente en materia de sanciones o penas, relevando **esa relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada**, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, lo cual viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley del artículo 19, N° 2 °, cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional consagrado en el artículo 19”.²⁴

²³ Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, diciembre 2017, página 21.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2016, Rol 2922-2015, C° 19.

Agregando que “ha valorado la garantía de que **una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos**, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida” y señalando: “Que, igualmente, este Tribunal ha señalado que el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, **al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y, lo mismo, cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición**, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, la condición o no de reincidente, etc. **Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación [...]**”²⁵

La Excma. Corte Suprema, por su parte, ha sostenido que la proporcionalidad: “apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer”²⁶ y que “si una norma punitiva establece límites entre un mínimo y un máximo de sanción, la impugnación que se formule **no puede excluir -sin que medie disposición legal expresa- la regulación de su extensión, pues de lo contrario dicha graduación sólo quedaría al arbitrio de la autoridad administrativa**”.²⁷

Por último, la doctrina ha señalado en relación al principio de proporcionalidad que: “En el ámbito de la potestad sancionatoria, este principio constituye un auténtico control de las sanciones tipificadas y aplicadas por la propia Administración, pues sirve para moderar la imposición de las mismas. En este

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2016, R o l 2922-2015, C ° 20 y 21.

²⁶ Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de diciembre de 2009, N ° de Ingreso 5830-2009.

²⁷ Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de marzo de 2013, N ° de ingreso 11.488-2011.

sentido **resulta importante la proporcionalidad para establecer una regla de prudencia en la relación entre sanciones ínfimas aplicadas a infracciones graves contra el interés general** o bien, en la aplicación de multas enormes respecto de hechos o conductas cuyas consecuencias respecto del interés general son menores [...]

“De esta forma, resulta a todas luces evidentes que **la sanción que pueda aplicar la autoridad administrativa debe ser adecuada y proporcional a la gravedad y naturaleza del hecho, tomando en consideración los parámetros fijados en la ley**”.²⁸

De esta manera, al entender la Sentencia Recurrída que la SMA puede desentenderse absolutamente de la clasificación y naturaleza de la infracción establecida en el artículo 36 de la LOSMA y de las sanciones que proporcionalmente ha establecido el legislador en el artículo 39 de la misma, sin que exista una circunstancia muy calificada para ello, disponiendo, por ejemplo, una multa de 126 UTA a una sanción gravísima, constituye una falsa interpretación y aplicación de los artículos 36, 38, 39 y 40 de la LOSMA vulnerando el espíritu e historia de la propia ley, que no es otro que establecer rangos de multas proporcionales a la gravedad de la sanción y el principio de proporcionalidad que se deriva de las garantías constitucionales contempladas en los artículos 19 N° 2, 3, 20 y 26 de la Constitución Política de la República y del espíritu general de la legislación de conformidad al que debe interpretarse la ley por mandato del artículo 24 del Código Civil.

Una correcta interpretación y aplicación de la ley, de conformidad a los artículos 19, 22 y 24 del Código Civil y a la luz del principio de proporcionalidad que se deriva de las garantías constitucionales referidas y del espíritu general de la legislación, habría llevado a la Sentencia Recurrída a resolver necesariamente que el régimen sancionatorio establecido en la LOSMA consiste en normas perfectamente armónicas y complementarias como lo son los artículos 36, 38, 39 y 40, en las que luego de realizarse la clasificación de la

²⁸ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, Notas sobre el principio de Proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional, Revista de Derecho Público, número especial, 2018, páginas 314 y 315.

infracción y determinar su naturaleza de conformidad al artículo 36 de la misma y del grado de reproche que el legislador quiso establecer para los distintos hechos ilícitos allí considerados, se determinan en el artículo 39 las multas que proporcionalmente corresponden atendida la gravedad y naturaleza de la infracción.

En dicha determinación del artículo 39, si bien no se establecen “pisos mínimos” para las sanciones pecuniarias, **si se establece rangos progresivos para las distintas sanciones atendida su naturaleza y gravedad y que reflejan la proporcionalidad que de conformidad a la historia de la ley y su espíritu quiso establecer el legislador.** Así, las multas leves son sancionadas hasta 1.000 UTA, luego en el rango superior las graves hasta 5.000 UTA y en el rango superior las gravísimas hasta 10.000 UTA.

De esta manera, las sanciones pecuniarias que proporcionalmente corresponden a una infracción leve por su naturaleza y gravedad es una multa de hasta 1.000 UTA, a una infracción grave por lógica, interpretación, proporcionalidad y su naturaleza debe ser superior al rango establecida para la leve, es decir, desde 1.001 UTA hasta 5.000, y, asimismo, para una gravísima por lógica, interpretación, proporcionalidad y su naturaleza debe ser superior al rango establecida para la grave, es decir, desde 5.001 UTA hasta 10.000 UTA. Todo ello salvo que existan circunstancias muy calificadas y fundadas que de conformidad a la ley permitan transgredir dichos rangos y proporcionalidad establecida por el legislador, como es el caso de las autodenuncias cuando se cumplen los requisitos exigidos en la ley.

Luego, entonces la Sentencia Recurrída habría necesariamente concluido que la determinación del monto específico de la multa debe realizarse dentro de dichos rangos progresivos, establecidos proporcionalmente en relación a la naturaleza y gravedad de la infracción, de conformidad a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, sin que ello autorice a la SMA a desentenderse de la naturaleza de la infracción determinada de conformidad al artículo 36 ni de la proporcionalidad establecida por el legislador.

2. FORMA EN QUE LOS ERRORES DE DERECHO HA INFLUIDO SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

Resulta claro que de haber efectuado una correcta aplicación e interpretación de la normativa ambiental referida –artículos 36, 38, 39 y 40 de la LOSMA- en relación con las garantías constitucionales consagradas en los artículos 19 N° 2, 3, 20 y 26 y artículos 19, 22 y 24 del Código Civil, la Sentencia Recurrída habría concluido necesariamente que la RE N° 72 había incurrido en vicios de ilegalidad al aplicar sanciones ínfimas y absolutamente desproporcionadas de multas a infracciones que la misma había clasificado como graves y gravísimas, dejándola sin efecto a dicho respecto y ordenando a la SMA que imponga a CMN SpA sanciones que resulten proporcionadas y razonables de conformidad a la clasificación de gravedad de las sanciones realizada por la propia SMA de conformidad al artículo 36 de la LOSMA.

En concreto, se habría dispuesto que las siguientes infracciones clasificadas como **gravísimas**: (i) cargo 24.4 con una multa aplicada de 279 UTA; (ii) cargo 24.5 con una multa aplicada de 145 UTA; (iii) cargo 24.6 con una multa aplicada de 157 UTA y cargo 27 con una multa aplicada de 126 UTA; **se les aplicase una multa proporcional a dicha gravedad entre 5.001 y 10.000 UTA de conformidad al artículo 39 de la LOSMA**, ponderando las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para determinar el monto exacto de la multa y no pudiendo vulnerar dicha proporcionalidad salvo que existan razones fundadas y muy calificadas para ello de conformidad a la ley y así se expresen en la resolución que dicte la SMA.

Asimismo, se habría dispuesto que las siguientes infracciones clasificadas como **graves**: (i) cargo 23.1 con una multa aplicada de 39 UTA; (ii) cargo 23.3 con una multa aplicada de 39 UTA; (iii) cargo 23.4 con una multa aplicada de 754 UTA; (iv) cargo 23.8 con una multa aplicada de 667 UTA; (v) cargo 23.10 con una multa aplicada de 259 UTA; (vi) cargo 24.1 con una multa aplicada de 29 UTA; (vii) cargo 24.3 con una multa aplicada de 19 UTA; **se les aplicase una multa proporcional a dicha gravedad entre 1.001 y 5.000 UTA de conformidad al artículo 39 de la LOSMA**, ponderando las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para determinar el monto exacto de la multa y no

pudiendo vulnerar dicha proporcionalidad salvo que existan razones fundadas y muy calificadas para ello de conformidad a la ley y así se expresen en la resolución que dicte la SMA.

II.

SEGUNDO ERROR DE DERECHO: INFRACCIÓN AL 40 DE LA LEY ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIOAMBIENTE EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 54 DE LA MISMA Y 11 Y 41 DE LA LEY 19.880

El artículo 40 de la LOSMA establece que:

“Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.
- e) La conducta anterior del infractor.
- f) La capacidad económica del infractor.
- g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.
- h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.
- i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, se relevante para la determinación de la sanción.”

El artículo 54 de la LOSMA, por su parte, prescribe:

“Emitido el dictamen, el instructor del procedimiento elevará los antecedentes al Superintendente, quien resolverá en el plazo de

diez días, dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso.

No obstante, el Superintendente podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado.

Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no *hubiesen sido materia de cargos.*”

1. LOS ERRORES DE DERECHO: FALSA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS LITERALES D), E) Y F) DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 54 DE LA MISMA LEY Y LOS ARTÍCULOS 11 Y 41 DE LA LEY 19.880.

Como adelantamos, respecto de la aplicación de los literales d), e) y f) del artículo 40 de la LOSMA, **la Sentencia Recurrída reconoce que existe un vicio de legalidad y falta de motivación por cuanto no se aprecia que la SMA haya explicitado la medida o valor en que estos factores o circunstancias influyen en el cálculo del componente de afectación**, pero que sin embargo por el principio de conservación del acto administrativo, tal falta de motivación no sería suficiente para constituir un vicio de ilegalidad que traiga aparejada la nulidad del acto reclamado

Así, se señala en los considerandos 827 y siguientes, 834 y siguientes y 850 y siguientes de la Sentencia Recurrída, respectivamente.

Sin embargo, contrariamente a lo que señala la Sentencia Recurrída dichos vicios sí son suficientes para decretar la nulidad del acto reclamado, pues como se ha venido señalando es precisamente la falta de motivación y fundamento lo que no permite explicar cómo se han aplicado unas multas que desnaturalizan las infracciones y que aparecen a todas luces como desproporcionadas y falta de fundamento en relación a la clasificación de gravedad que la misma SMA había realizado.

Ello teniendo especialmente en consideración, como se ha expuesto, que tanto la propia SMA, como el Segundo Tribunal Ambiental y la Iltrma. Corte de

Apelaciones de Copiapó²⁹, han reconocido la conducta contumaz de CMN SpA en el incumplimiento a la normativa ambiental y su intencionalidad, e incluso la propia Sentencia Recurrída ha establecido, junto a otras consideraciones, que hasta el día de hoy CMN no ha cumplido con la que era su obligación principal en la RCA para evitar un daño o peligro al medio ambiente como lo era la construcción del sistema de manejo de aguas.

Cabe recordar a este respecto, que el Segundo Tribunal Ambiental consideró a este respecto: *“Considerando Centésimo decimoctavo: (...)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 [...]”*.

Es decir, lo que más se ha insistido por las distintas judicaturas es precisamente que se deben tener en consideración en este caso las circunstancias a las que aluden los literales d) y e) del artículo 40 de la LOSMA y ponderarlas especialmente a efectos de determinar la sanción, y, sin embargo, la SMA omite señalar cómo en concreto fueron ponderadas y el efecto de dicha ponderación en determinar el monto de la sanción.

²⁹ *“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 de 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 el compromiso de la misma con la norma ambiental que gobierna y coacciona su actuar”**(*ltma.* Corte de Apelaciones de Copiapó, en **recurso de protección N° de Ingreso 300-2012**).*

De esta manera, la Sentencia Recurrída infringe gravemente el artículo 40 de la LOSMA en sus literales d), e) y f) y los artículos 54 de la misma ley y 11 y 41 de la ley 19.880 que establecen la necesidad de fundamentar y motivar los actos, al constatar que no se ha expresado por la SMA en la RE N° 72 la forma en concreto cómo pondero dichas circunstancias a efectos de determinar las sanciones en concreto y aun así no disponer la nulidad de dicha resolución.

2. FORMA EN QUE LOS ERRORES DE DERECHO HA INFLUIDO SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

Pues bien, de haber la Sentencia Recurrída aplicado correctamente el artículo 40 de la LOSMA en sus literales d), e) y f), y los artículos 54 de la misma ley y 11 y 41 de la ley 19.880, estimando que los mismos se debían ponderar en concreto y expresamente a efectos de determinar la sanción en concreto, como parte del deber de fundamentación y motivación de los actos, y teniendo en consideración que a infracciones gravísimas y graves se les han aplicado multas absolutamente desproporcionadas y que desnaturalizan las mismas, la Sentencia Recurrída hubiera necesariamente dispuesto la nulidad de la RE N° 72 a este respecto, ordenando a la SMA que ponderara concreta y expresamente dichas circunstancias de manera que las multas que se apliquen digan relación con la gravedad de la infracción según la clasificación realizada por la misma de conformidad al artículo 36 de la LOSMA y se cumpla con lo dispuesto en los artículo 40 y 54 de la LOSMA, como con los artículos 11 y 41 de la ley 19.880.

III.

TERCER ERROR DE DERECHO: INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 3 DE LA LEY ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIOAMBIENTE EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 36, 38, 39, 40 Y 54 DE LA MISMA

Artículo 3º.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

“[...] o) Imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la presente ley.

Artículo 54.- Emitido el dictamen, el instructor del procedimiento elevará los antecedentes al Superintendente, quien resolverá en el plazo de diez días, dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso.

No obstante, el Superintendente podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado.

Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”.

1. LOS ERRORES DE DERECHO: INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 3 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIOAMBIENTE EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 36, 38, 39, 40 Y 54 DE LA MISMA.

Como se señaló en la reclamación interpuesta, la RE N° 72 absuelve improcedentemente a CMN SpA del Cargo 24.2 relativo al incumplimiento de entregar información de la calidad de las aguas que ingresan a la CCR con un desfase de no más de 48 horas. Esta infracción se calificó como grave en los cargos levantados a CMN debido a que involucraba un método de medir la calidad de las aguas en una instalación que no estaba aprobada por la RCA y que significaba que aguas sin tratar fueran descargadas en el Río Estrecho sin ningún control.

En este caso la SMA, decidió absolver a CMN porque, a su juicio, no era posible entregar todos los parámetros exigidos en el Plan Temporal, según lo sostiene el numeral 6567 de la Resolución Recurrída, no obstante lo cual reconoce que habían una serie de otros parámetros cuyo método de análisis de laboratorio no requiere más de 48 horas.

Lo que en principio llevaría a concluir que no habiéndose acreditado una imposibilidad de entregar los mismos por parte del regulado, la SMA se encontraba en la obligación de sancionar a CMN por su falta de entrega.

Sin embargo, es la propia **SMA que sin fundamento fáctico alguno y sin analizar de manera individual los parámetros que eran exigidos intenta una explicación abstracta** señalando al efecto en el considerando 6568 de la Resolución Reclamada que “Al respecto, se debe considerar que el proyecto minero se encuentra emplazado en un área lejana a los principales centros poblados, por lo que el transporte de las muestras no es rápido. Asimismo, no existe constancia de que en condiciones normales de mercado, algún laboratorio acreditado para efectuar análisis de muestras de agua tenga la capacidad de entregar los informes con los resultados de los parámetros de calidad de agua en un periodo inferior a 48 horas”.

Es decir, **no es que CMA SpA haya acreditado la imposibilidad de entregar los parámetros cuyo método de análisis de laboratorio no requiere más de 48 horas, sino que es la SMA la que intenta una justificación que no tiene correlato alguno en el expediente sancionatorio**, sin por lo demás realizar un análisis respecto de cada uno de los parámetros exigidos de entregar a la compañía.

La Sentencia Recurrída señala que en lo referente a la imposibilidad de realizar los análisis en el tiempo esperado, no existiría motivación suficiente para atribuir a CMN SpA una intencionalidad en los hechos que originan el cargo 24.2 y, por ende, resulta plausible el análisis de la SMA en cuanto a la imposibilidad de cumplir con la medida.

Así, la Sentencia Recurrída incurre en un error de derecho al permitir que se absuelva de una infracción constatada simplemente porque se considera plausible una justificación construida por la SMA que no se encuentra fundada ni acreditada en el expediente, y sin que el infractor haya podido acreditar que efectivamente había una imposibilidad de cumplir con la entrega de los parámetros cuyo método de análisis de laboratorio no requiere más de 48 horas.

En efecto, habiéndose constatado la infracción y sin que existiera en el procedimiento una causa fehaciente y acreditada de exención de responsabilidad por parte de CMN SpA lo que correspondía era sancionar la

misma de conformidad a la ley, ya que no es facultativo para la Superintendencia sancionar cuando se constata una infracción sino que es una obligación de conformidad a lo dispuesto en el literal o) del artículo 3 de su ley orgánica, lo que en doctrina se denomina un “poder-deber”.

2. FORMA EN QUE LOS ERRORES DE DERECHO HA INFLUIDO SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

De haber la Sentencia Recurrída interpretado y aplicado el artículo 3 de la LOSMA en relación a los artículos 36, 37, 38, 39 y 54 del mismo cuerpo legal, necesariamente hubiese concluido que habiéndose constatado una infracción y sin que se hubiese acreditado en el expediente sancionatorio una eximente de responsabilidad respecto de cada uno de los parámetros que CMN SpA se encontraba obligado a entregar, lo que correspondía es que se aplicase una sanción, y, en concordancia, hubiese ordenado a la SMA que se dejase sin efecto la absolución del cargo 24.2 y se le sancionase de conformidad a la ley.

En suma, los graves y múltiples errores de Derecho en los que ha incurrido la Sentencia Recurrída han afectado sustancialmente lo dispositivo del fallo, es por ello que pido a vuestro Ilustre Tribunal admitir el recurso de casación en el fondo interpuesto, someterlo a tramitación, y en definitiva, concederlo y elevar los autos, para que la Excma. Corte Suprema, conociendo el recurso, lo acoja en todas sus partes, declarando la nulidad de la sentencia recurrída por los vicios y errores de Derecho expuestos, y dictando sentencia de reemplazo de conformidad a derecho.

POR TANTO,

SOLICITO AL ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL: tener por interpuesto el recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por vuestro Ilustre Tribunal Ambiental con fecha 17 de septiembre de 2020, pidiendo que sea concedido y los autos elevados a la Excma. Corte Suprema, para que ésta, conociendo del recurso, lo acoja en todas sus partes,

declarando su nulidad por haber incurrido en errores de Derecho y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, con costas.

SEGUNDO OTROSÍ: Pido a vuestro Illmo. Tribunal tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, domiciliado en Avenida Apoquindo 3472, piso 10, comuna de Las Condes, asumo personalmente el patrocinio y poder de los recursos de casación en la forma y el fondo interpuestos en esta presentación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 776 del Código de Procedimiento Civil.

Sírvase Illmo Tribunal, tenerlo presente.

Cristian
Américo
Gandarillas
Serani

 Firmado digitalmente
por Cristian Américo
Gandarillas Serani
Fecha: 2020.10.06
20:09:04 -03'00'