

MEMORÁNDUM D.S.C N° 109/2020

A : CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

DE : GONZALO PAROT HILLMER
JEFE (S) DIVISIÓN DE SANCIÓN Y CUMPLIMIENTO

MAT. : Solicita medidas provisionales que indica.

FECHA : 17 de febrero de 2020

A continuación, damos revista a los fundamentos que, a juicio de esta División, justifican la solicitud de las medidas provisionales procedimentales.

1. Antecedentes Procedimiento Sancionatorio D-011-2020.

Con fecha 25 de octubre de 2018, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA") recepcionó una denuncia, derivada por la SEREMI de Salud mediante ORD. N° 102, el cual tiene por antecedente solicitud de fiscalización presentada por Hugo Naim Gebrie Asfura, Alcalde de la I. Municipalidad de San Carlos, bajo ORD. N° 0981, mediante la cual se indican los desórdenes y ruidos molestos generados por la actividad comercial desarrollada en el "Pub Luna Negra", ubicado en calle Brasil N° 694, comuna de San Carlos, región de Ñuble. Quedando ingresada en SIDEN bajo la ID 6-XVI-2018.

En igual sentido, con fecha 09 de septiembre de 2019, mediante Memorándum FCL N° 258, Fiscalía de realiza solicitud de fiscalización a la oficina regional de Ñuble, ambas de esta Superintendencia, conforme a Oficio N° 973 del Juzgado de Policía Local de San Carlos, en virtud del cual se solicita la realización de labores de fiscalización en materia de ruidos.

Más tarde, con fecha 27 de noviembre de 2019, se derivó a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-2117-XVI, efectuado sobre la base del acta de inspección ambiental incorporada en IFA ya singularizado, en la cual consta medición de nivel de presión sonora realizadas desde un receptor sensible ubicado en calle Brasil N° 687, comuna de San Carlos, región de Ñuble, con fecha 09 de noviembre de 2019, en horario nocturno, medición interna con ventana abierta.

Sobre la base del acta de inspección efectuada con fecha 09 de noviembre de 2019 se dio inicio al procedimiento sancionatorio **Rol D-011-2020** con la Formulación de Cargos (Res Ex. N°1 Rol D-011-2020 de fecha 12 de febrero de 2020) a Roberto Campos Apraiz, titular de Pub Luna Negra. Así, según consta en el expediente del sancionatorio referido, el día 09 de noviembre de 2019, entre las 02.00 hrs. Y 02.50 hrs., dos funcionarios de esta Superintendencia constataron un nivel de presión sonora de **55 dB(A)** sin afectación por ruido de fondo, lo que representa una excedencia de **5 dB(A)** respecto del límite establecido para la Zona III en el Decreto Supremo N° 38/2011.

En consecuencia, y de acuerdo a lo ya expuesto, con fecha 29 de noviembre de 2019, mediante Memorándum SMA Ñuble N° 032, la oficina regional de Ñuble, solicitó medidas provisionales pre-procedimentales, fundando su petición en la excedencia ya señalada en el párrafo anterior. En igual sentido, a propósito del daño inminente a la salud de las personas, como consecuencia de la operación de la fuente emisora, se esgrimió que una de las integrantes del núcleo familiar de la denunciante se encuentra bajo el programa de

reparación y atención integral de salud (PRAIS), ya que cuenta con diagnóstico de trastorno de ansiedad generalizada y rasgos de personalidad Cluster B, circunstancia acreditada mediante certificado médico.

Con fecha 12 de diciembre de 2019, la denunciante, realizó presentación en la cual señala que dentro de la unidad fiscalizable se han realizado trabajos de ampliación y se ha habilitado una terraza, lo cual ha intensificado los niveles de ruido nocturno.

Así las cosas, mediante Res. Ex. SMA N° 1881, con fecha 20 de diciembre de 2019, se ordenan las medidas provisionales pre-procedimentales que a continuación se señalan:

1. Prohibición de funcionamiento de las fuentes emisoras de ruido ubicadas al interior y exterior del Pub Luna Negra, a saber, sistemas de reproducción de música, altavoces, parlantes, karaoke, animadores, etc. Por un período de 15 días hábiles, contados desde la notificación del presente acto.
2. Elaborar un informe técnico de diagnóstico de problemas acústicos que considere, a lo menos, un levantamiento de las características del sistema de amplificación del local (número de equipos, potencia, distribución y proyección sonora dentro del local, eficiencia acústica, entre otros), junto con las características y materialidad de las estructuras principales del local (techo, paredes y suelo). Consecuencia de este estudio, deberán plantearse sugerencias de mejoras a ser implementadas para que el establecimiento se ciña a los límites definidos por la norma de emisión mientras está realizando sus actividades.

Posteriormente, con fecha 29 de diciembre de 2019, se realizó fiscalización con el propósito de verificar el cumplimiento de las medidas provisionales decretadas mediante Res. Ex. N° 1881, constituyéndose un funcionario de esta Superintendencia. De esta fiscalización fue posible concluir la vulneración de lo prescrito en la resolución exenta ya señalada, específicamente su resuelto N° 1 que dice relación con la prohibición de funcionamiento de fuentes emisoras de ruido ubicadas al interior del Pub Luna Negra, por otro lado, se verifican modificaciones estructurales en la unidad fiscalizable, en el cual se habilitó una terraza abierta y sin aislación en el segundo piso de esta.

Adicionalmente, con fecha 30 de diciembre de 2019, fue recibida en Oficina de Partes de esta Superintendencia una denuncia presentada por Carmen Alarcón Silva, mediante la cual señaló que las emisiones de ruido no habrían cesado – los días 26, 27, 28 y 29 de diciembre de 2019 –, luego de notificada Res. Ex. SMA N° 1881, adjuntando video enviado por la aplicación móvil WhatsApp de fecha 28 de diciembre de 2019, en el cual consta audio e imagen del local en funcionamiento en horario nocturno.

Que, con fecha 02 de enero de 2020, mediante ORD. ÑUB. N° 001/2020, la oficina regional remite acta de inspección ambiental al titular del Pub Luna Negra, en la cual se da cuenta del incumplimiento de las medidas provisionales.

Finalmente, con fecha 13 de febrero de 2020, la Res. Ex. N° 1 / ROL D-011-2020 fue notificada personalmente.

2. Requisitos para la solicitud de medidas provisionales.

El artículo 48 de la LO-SMA, dispone que con el objeto de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitarse fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las medidas provisionales allí indicadas. A partir de dicha disposición, para la solicitud de una medida

provisional se requiere; en primer lugar, que exista un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas; y, en segundo lugar, que la solicitud sea fundada.

En efecto, la señalada disposición “permite adoptar medidas provisionales, antes o una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador con el objeto de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. Se trata de un poder que puede ser adoptado de oficio o a petición de parte, caracterizado por una regulación más sucinta que las medidas cautelares jurisdiccionales (...)”¹.

Estas medidas tienen una finalidad cautelar, esto es, evitar o impedir la continuación de condiciones de contingencia próxima de una amenaza de daño y sus efectos, es decir, un riesgo inminente a los bienes jurídicos amparados por el indicado artículo 48 de la LO-SMA -el medio ambiente o la salud por las personas- procurando la protección provisional de estos.

2.1 Riesgo para la salud de las personas.

En cuanto al riesgo para la salud de las personas, este se verifica en tanto es la consecuencia de la emisión de ruidos molestos que, conforme a la medición efectuada, llegó a superar la norma en 5 dB(A).

En el caso particular, Pub Luna Negra es un establecimiento comercial el cual operaría los días jueves, viernes y sábados, cuyo horario de funcionamiento va desde las 21.00 hrs. a las 04.00 hrs. los días jueves y hasta las 05.00 hrs. los fines de semana.

En razón de lo anterior, es dable concluir que tal superación, importa una fuente de riesgo concreto para la salud de las personas, en particular, para los receptores sensibles, quienes al estar expuestos a niveles de presión sonora que exceden el límite normativo, resultarían afectados negativamente en su salud, tanto física como mental, resultando alterados los niveles mínimos de bienestar y de calidad de vida resguardados por la regulación ambiental².

En este sentido, corresponde señalar que el Decreto Supremo N° 38/2011 establece los niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos para la emisión, hacia la comunidad, de ruidos generados por fuentes fijas, tales como las actividades industriales y comerciales, definiendo como Receptor a “*toda persona que habite, resida o permanezca en un recinto, ya sea en un domicilio particular o en un lugar de trabajo, que esté o pueda estar expuesta al ruido generado por una fuente emisora de ruido externa.*”, teniendo la norma de ruido por objeto, precisamente, la protección de la salud de las personas.

La exposición al ruido desde el punto de vista fisiológico puede afectar, en razón de sus características, a gran parte del organismo humano, actuando sobre la audición, sistema respiratorio, sistema digestivo, sistema neurovegetativo, sistema circulatorio. De esta manera, el ruido puede tener efectos no deseados sobre el sueño, los procesos cognitivos y efectos psicológicos, siendo además un agente potenciador de otras enfermedades cuando al organismo se le somete a determinados niveles sonoros durante periodos prolongados.

La Organización Mundial de la Salud y otros organismos como la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos y el Programa Internacional de Seguridad Química (IPCS) han reconocido en sus monografías sobre criterios de salud ambiental (*Environmental Health Criteria*) los siguientes efectos³:

- a) Efectos auditivos: discapacidad auditiva, incluyendo tinnitus.

¹ Bermúdez, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental (Valparaíso, 2014), p. 500.

² Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° S-20-2018, considerando octavo.

³ Los mencionados efectos se detallan, además, en el documento denominado “*Juilines for Community Noise*”, del World Health Organization, Geneva.

- b) Manifestación de dolor y fatiga auditiva, perturbación del sueño y todas sus consecuencias a largo y mediano plazo.
- c) Efectos cardiovasculares, respuestas hormonales (hormona del estrés) y sus posibles consecuencias sobre el metabolismo humano y el sistema inmune.
- d) Disminución del rendimiento en el trabajo y en la escuela, molestia, interferencia con el comportamiento social (agresividad, protestas y sensación de desamparo), interferencia con la comunicación oral.

Por lo tanto, de acuerdo a las mediciones efectuadas en terreno, la fuente emisora, al superar los estándares establecidos en la normativa ambiental aplicable, estaría afectando la salud de la población, especialmente de aquéllos receptores que se encuentran cercanos al establecimiento en cuestión, lo cual hace patente la urgencia de la adopción de medidas provisionales frente a este riesgo alto e inminente de carácter significativo.

2.2 Fundamento de la solicitud.

El segundo requisito exigido por el artículo 48 de la LO-SMA, consiste en que la solicitud de las medidas provisionales debe ser fundada. Sin embargo, es menester precisar que ello no implica, conforme a la jurisprudencia, que el estándar de motivación que requiere para su solicitud sea igualmente exigente al necesario para el pronunciamiento de una resolución de término del procedimiento administrativo sancionador que imponga una sanción.⁴ Además, para la adopción de medidas provisionales no se requiere la plena probanza y acreditación de los hechos ilícitos, lo que es propio de la resolución de fondo propiamente sancionadora, sino la fundada probabilidad de los mismos, basada en datos concretos y expresados, sin que ello presuponga infracción del principio de presunción de inocencia.

Así, en el presente caso existen antecedentes que nos asisten con elementos que permiten no solo dar cuenta de la urgencia en la dictación de medidas, sino que además, la relación que existe entre el peligro que origina un riesgo de un daño grave e inminente a la salud de la población y los hechos que son materia del procedimiento sancionatorio.

3. Clasificación y definición de fuentes de ruido en actividades de comercio.

En el D.S. N° 38/2011. Art. 6 N° 2, se define como actividad comercial aquellas “*instalaciones destinadas principalmente a la compraventa de mercaderías, productos y/o servicios diversos.*”, categoría en la cual se encuentra Pub Luna Negra. En este tipo de actividades se podrán identificar y diferenciar las distintas fuentes emisoras de ruido, entre estas podemos encontrar:

⁴ En este sentido cabe citar lo expresado por el Segundo Tribunal Ambiental, en el caso Porkland Chile S.A. Rol N° R-44-2014, considerando quincuagésimo tercero de la sentencia de fecha 07 de diciembre de 2015: “(...) a pesar que la Ley N° 19.880, así como la LOSMA, no se pronuncian sobre el grado de certeza de los elementos de juicio necesarios para la adopción de una medida provisional, es posible afirmar que el estándar de motivación de las resoluciones exentas que decreten una determinada medida, que tenga por fin evitar un riesgo o daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, como dispone el artículo 48 de la LOSMA, no es el mismo que el de la resolución de término que impone alguna de las sanciones del artículo 38 del mismo cuerpo legal en un procedimiento sancionatorio (...)” (el destacado es nuestro). De igual forma se ha pronunciado el Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° S-5-2015, considerando séptimo, en relación a que “(...) la determinación de la existencia de un daño ambiental o de la existencia de un daño a la salud de las personas, es un asunto complejo, de lato conocimiento, para el cual el legislador incluso prevé la existencia de un procedimiento especial -la acción de reparación por daño ambiental-, cuyo conocimiento y resolución ha sido entregado al conocimiento de tribunales especializados -los Tribunales Ambientales-, estándar que no puede exigirse para la adopción de una medida cautelar”.

- 3.1 Fuente Emisora de Ruido:** toda actividad productiva, comercial, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura que generen emisiones de ruido hacia la comunidad. Se excluyen de esta definición las actividades señaladas en el artículo 5º del D.S. N° 38/2011.
- 3.2 Dispositivo:** Según el art. 6 N° 8 del D.S. N° 38/2011 es, *“toda maquinaria, equipo o aparato, tales como generadores eléctricos, calderas, compresores, equipos de climatización, de ventilación, de extracción y similares, o compuesto por una combinación de ellos”*. Es común encontrar este tipo de equipos en eventos de alta convocatoria.
- 3.3 Sistema de sonido:** Consiste en la combinación de distintos dispositivos de transducción y conversión de energía acústica-mecánica-eléctrica y eléctrica-mecánica-acústica, en conjunto con equipos de procesamiento de señal más etapas de amplificación o potencia, los cuales aumentan la intensidad de la señal que ingresa a estos (señal acústica o eléctrica) para ser distribuida a una determinada audiencia por el medio elástico aéreo propagación (partículas de aire).
- 3.4 Parlante o altavoz:** Es un tipo de dispositivo utilizado en un sistema de sonido, el cual es utilizado para reproducir la señal eléctrica que llega a este, convirtiendo dicha señal en energía mecánica y a su vez transformándola en energía acústica audible. Este dispositivo se clasifica de acuerdo al espectro en frecuencia a reproducir. Dentro de estos se pueden encontrar sistema altoparlante de sub bajos, sistema altoparlante de medios y sistema altoparlante de agudos.

Las fuentes fijas al interior de las instalaciones utilizadas en las actividades de esparcimiento, afectan a la salud y la integridad de la población y, a su vez, están infringiendo los niveles máximos permisibles establecidos en el D.S. N° 38/2011. Por lo tanto, de acuerdo con las mediciones efectuadas en terreno, se hace patente la urgencia de la adopción de medidas provisionales.

4. Solicitud de medidas provisionales de la letra a) del artículo 48 de la LO-SMA.

Se deberán implementar medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o daño, de conformidad con lo establecido en el artículo 48, letra a), de la LO-SMA, debiendo implementarse, en un plazo de 30 días corridos, contados desde que se notifique la presente resolución, las siguientes medidas:

- a. Suspensión de la utilización de cualquier tipo de equipos de amplificación utilizado durante el horario de funcionamiento de Pub Luna Negra. Esta medida deberá ser implementada de forma inmediata a contar desde la notificación de la resolución correspondiente.
Medio de verificación: Envío de registro audiovisual cada tres (3) días, que de cuenta de su funcionamiento sin amplificación. El cual deberá ser remitido a la oficina regional de esta Superintendencia con una frecuencia semanal.
- b. En un plazo de 15 días corridos desde la notificación de la resolución que lo determine, deberá presentar un informe que incluya cotización de trabajo, obras y materiales que permitan aumentar la aislación acústica del lugar en que se realizan las ceremonias, de forma tal que se mitigue el ruido generado, el informe deberá encontrarse validado por una persona con experticia en materia acústica.
Medio de verificación: Remitir currículum vitae, así como cualquier clase de certificados técnicos que den cuenta de la competencia en la materia de la persona a contratar. Este informe deberá ser presentado, mediante la oficina de partes y archivo de la oficina regional, dentro del plazo de quince (15) días corridos de vigencia de la medida provisional que se ordena por la presente resolución.

5. Conclusión.

Por tanto, en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas precedentemente, solicito al Superintendente del Medio Ambiente declare las medidas de corrección y monitoreo de las letras a) y f) del artículo 48 de la LO-SMA, del Pub Luna Negra, ubicado en calle Brasil N° 694, comuna de San Carlos, Región de Ñuble, **por un plazo de 30 días corridos.**

Sin otro particular, le saluda atentamente,



Gonzalo Parot Hillmer
Jefe (S) División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



GP

Adj.:

- Copia de Actas de Inspección Ambiental, de la División de Fiscalización de la SMA, de fecha 09 de noviembre y 29 de diciembre, ambas del año 2019.
- Copia de Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-2117-XVI-NE, y sus antecedentes.
- Copia de los antecedentes de denuncia bajo ID SIDEN 6-XVI-2018, junto a CD con anexo.
- Copia de formulación de cargos Res. Ex. N° 1 / ROL D-011-2020 y su acta de notificación personal.

C.C.:

- División de Sanción y Cumplimiento.