



28.718



**ORDENA MEDIDAS PROVISIONALES PRE-
PROCEDIMENTALES QUE INDICA A PUB LUNA NEGRA**

RESOLUCIÓN EXENTA N°

1881

Santiago, 20 DIC 2019

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N°20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales; en el Decreto Supremo N°40, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado con fecha 12 de agosto de 2013, que fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "D.S. N°40/2012 MMA"); en la Ley N°19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N°18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo; en el Decreto con Fuerza de Ley N°3/2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N°424, de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en las Resoluciones Exentas N°559, de 14 de mayo de 2018, N°438, de 28 de marzo de 2019, y N°1619, de 21 de noviembre de 2019, que modifican la resolución exenta N°424, de 2017; en el Decreto N°31, de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que Nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán, en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N°334, de 20 de abril de 2017 que Aprueba actualización de instructivo para la tramitación de las medidas urgentes y transitorias y provisionales dispuestas en los artículos 3 letra g) y h) y 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N°38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N°38/2011 MMA"); y en la Resolución N°7, de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

CONSIDERANDO:

1° La Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA"), corresponde a un servicio público creado para ejecutar, organizar y coordinar la fiscalización y seguimiento de los instrumentos de carácter ambiental, así como imponer sanciones en caso que se constaten infracciones a éstas.

2° Dentro de las competencias de la SMA, se encuentra la posibilidad de dictar medidas provisionales con el objetivo de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 48 de la LOSMA y el artículo 32 de la Ley N°19.880.

3° Por otra parte, el D.S. N°38/2011 MMA, establece los niveles máximos permisibles de presión sonora corregido a los que se puede exponer a la población, así como los instrumentos y procedimientos de medición para la obtención del mismo. En el artículo 20 de aquél cuerpo normativo, se indica que la fiscalización de su cumplimiento corresponderá a la SMA.

4° En aplicación de esta normativa, con fecha 29 de noviembre de 2019, mediante el memorándum N°32, el Jefe de la Oficina Regional de Ñuble de esta superintendencia, solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales en contra el Pub Luna Negra, fundando su solicitud en los hechos y antecedentes que se expondrán en la presente resolución.

I. **ANTECEDENTES GENERALES DEL PROYECTO OBJETO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES**

5° Las medidas provisionales que se dictan en este acto tienen el carácter de pre-procedimentales y recaen sobre el establecimiento comercial denominado Pub Luna Negra, ubicado en calle Brasil N° 694, comuna de San Carlos, región de Ñuble. El mismo posee patentes de turismo (pub) y para el expendio de bebidas alcohólicas.

6° Las actividades realizadas al interior del taller, la convierten en una fuente emisora a la luz de lo dispuesto en los numerales 2° y 13°, del artículo 6, del D.S. N°38/2011 MMA, toda vez que éstas corresponden a las propias de un local nocturno de entretenimiento, como música envasada y amplificación de voz para los animadores.

II. **ANTECEDENTES DE LAS DENUNCIAS POR RUIDOS Y LAS ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

7° Con fecha 25 de octubre de 2018, esta superintendencia recibió -mediante derivación de la Secretaría Regional de Salud de Ñuble- una denuncia presentada por la Municipalidad de San Carlos, en razón de los ruidos provenientes del Pub Luna Negra, la que fue ingresada al sistema de denuncias de la SMA bajo el ID 6-XVI-2018, mas sin contar con los datos de una persona en específico para poder realizar una medición según los parámetros establecidos por el D.S. N°38/2011 MMA. De forma paralela, el Juzgado de Policía Local de San Carlos, mediante su ordinario N° 973, de 29 de julio de 2019- requirió que a servicio la realización de una medición de los ruidos provenientes desde el Pub Luna Negra, entregando los antecedentes necesarios para poder realizar una actividad de fiscalización desde el domicilio de doña Carmen Alarcón Silva, mediante el oficio N°1092, de fecha 22 de agosto de 2019.

Según consta en el expediente, en aquél domicilio habitan 4 personas, una de ellas con problemas médicos¹, otra de avanzada edad (78 años) y además, una menor de edad (8 años).

8° En razón de lo anterior, funcionarios fiscalizadores de la ya señalada oficina regional se constituyeron el día 9 de noviembre de 2019, a las 2:00 horas, en el domicilio en el citado ordinario del Juzgado de Policía Local de San Carlos, ubicado en calle Brasil N°687, comuna de San Carlos. El objeto de esta actividad fue realizar medición de ruido de acuerdo a las disposiciones del D.S. N°38/2011 MMA. Las referidas actividades constan en el Acta de Inspección Ambiental respectivas, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman el reporte técnico.

¹ Anexo 3, Informe técnico de fiscalización ambiental DFZ-2019-2117-XVI-NE.

9° Dicho reporte precisa que el receptor antes indicado se encuentra ubicado en la denominada zona habitacional mixta y comercial (ZHMC), del Plan Regulador de la comuna de San Carlos, homologable a una Zona III del D.S. N°38/2011 MMA. Igualmente da cuenta de que la medición llevada a cabo fue realizada en periodo diurno, en un punto de medición externo.

10° El resultado obtenido de dichas actividades -luego de realizadas las correcciones que establecen los artículos 18 y 19 de la norma citada- arrojó los siguientes resultados, respecto del nivel de presión sonora corregido (en adelante, "NPC"), concluyéndose que, en virtud de los límites máximos establecidos para esa zona por la tabla N°1 contenida en el artículo 7 del D.S. N°38/2011 MMA, existiría superación de la norma de emisión.

Tabla N°1. Tabla de evaluación de niveles de ruido (Fuente: elaboración propia).

Receptor	NPC [dBA]	Ruido de Fondo [dBA]	Zona DS N°38	Periodo	Límite [dBA]	Estado
1	55	No afecta	III	Nocturno	50	Supera

11° En este contexto, con fecha 29 de noviembre de 2019, mediante el memorándum N°32, el Jefe de la Oficina Regional de Ñuble de esta superintendencia, solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales.

III. CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA ORDENAR MEDIDAS PROVISIONALES

12° De los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N°19.880, se desprende que los requisitos que se deben configurar para que esta Superintendencia del Medio Ambiente ordene medidas provisionales son: i) la existencia de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas (*periculum in mora*); ii) la presentación de una solicitud fundada que dé cuenta de la infracción cometida (*fumus bonis iuris*); y iii) que las medidas ordenadas sean proporcionales, velando por que no causen perjuicios de difícil reparación o violen derechos amparados por las leyes.

13° En cuanto la existencia de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, la jurisprudencia ha señalado que "*riesgo y daño inminente, para efectos de la adopción de las medidas provisionales, son expresiones en efecto intercambiables, pues se trata de un escenario todavía no concretado o no del todo*"². Asimismo, que "*la expresión "daño inminente" utilizada para el precepto, a la luz de la naturaleza cautelar de las medidas provisionales, se identifica más bien con un riesgo ambiental, constituyendo una de las expresiones del principio precautorio*"³

² Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia Rol R-44-2014, de 4 de diciembre de 2015, considerando 56°

³ Corte Suprema. Sentencia Rol 61.291, de 24 de abril de 2017, considerando 14°

14° Por otro lado, y de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), los principales efectos sobre la salud de las personas expuestas a contaminación acústica, según se indica en el documento “*Night Noise Guidelines for Europe*” (2009), son fatiga, desempeño cognitivo disminuido, depresión, aumento de incidencia de enfermedades virales, accidentes, diabetes, obesidad y enfermedades cardiovasculares⁴. De igual manera, enuncia que, si bien no resulta posible determinar una directa relación causal entre la exposición al ruido y el desarrollo de enfermedades psiquiátricas, si parecería llevar a un incremento en las mismas, cuando la exposición ocurre a niveles muy elevados⁵. Finalmente, el documento concluye que si esta exposición supera los 55 dBA, existe un riesgo para la salud pública de la población en general, haciendo hincapié en que el peligro es mayor cuando se trata con población vulnerable, refiriéndose a niños, ancianos y enfermos crónicos⁶.

15° En cuanto al segundo requisito mencionado -es decir, que la solicitud realizada dé cuenta de la comisión de una infracción- resulta de toda lógica remitirse a las actividades de fiscalización que fueron relatadas en el apartado II de esta resolución, las que dan cuenta de que la fuente denunciada superó los límites permitidos por la norma de emisión contenida en el D.S. N°38/2011 MMA, instrumento de carácter ambiental cuya fiscalización fue encomendada a la Superintendencia del Medio Ambiente.

16° Es del caso destacar que el estándar probatorio exigido para ordenar medidas provisionales, según ha señalado la jurisprudencia⁷, no es el mismo que el aquél aplicable a una resolución de término, que impone algún tipo de sanción. Así las cosas, 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 estos, basada en datos concretos y expresados, sin que ello presuponga infracción del principio de presunción de inocencia.

No obstante lo anterior, la calidad de ministro de fe que inviste al personal que realizó las actividades de fiscalización, así como el apego a los procedimientos que define el D.S. N°38/2011 MMA, dotan a las Actas de Inspección Ambiental de un grado de certeza tal, que prácticamente no dejan margen de duda respecto de la comisión de las infracciones que ellas declaran.

17° Con todo, y en directa aplicación de los conceptos planteados precedentemente al caso de marras, resulta enteramente plausible declarar la existencia de un riesgo para la salud de la población que habita en torno a la fuente fiscalizada, en observancia de los resultados obtenidos en las actividades de fiscalización realizadas respecto de la misma. Dichas mediciones concluyeron que hubo una superación de los límites definidos por la norma de emisión, alcanzando los 55 dBA en horario nocturno (5 dBA por sobre el límite) alcanzando el límite de 55 dBA que establece la OMS para considerar la existencia de un peligro para la salud de aquellas personas expuestas a este tipo de contaminación.

⁴ World Health Organization. “*Night Noise Guidelines for Europe*” (2009), p. 42

⁵ World Health Organization, Ob.Cit. p. 93

⁶ World Health Organization, Ob.Cit. p. 109

⁷ Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia Rol R-44-2014, de 4 de diciembre de 2015, considerando 53°

Adicionalmente, y según consta en el apartado II de la presente resolución, existen antecedentes de que personas expuestas a los ruidos emitidos por la fuente pertenecen a grupos de población definidos por la OMS como vulnerables, incrementando el grado de peligro que la exposición a estos límites representa para su salud.

18° En último lugar, y en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas ordenadas, la doctrina ha señalado que, existiendo la posibilidad de que la dictación de medidas provisionales incidan sobre derechos fundamentales del sujeto fiscalizado, es necesario que la autoridad administrativa decrete la medida menos intrusiva para estos derechos posiblemente afectados⁸.

Para determinar la proporcionalidad de las medidas a ser dictadas, es menester visibilizar el conflicto de derechos que en el caso en concreto se da: por un lado se tiene el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la protección de la salud, consagrados en los numerales 8 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República; y por el otro, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que enuncia el numeral 21 del ya citado artículo 19 de la carta fundamental. Para dar solución al enfrentamiento aquí descrito, viene al caso ponderar los derechos en tensión, a fin de brindar una respuesta que permita la mayor manifestación de los mismos, sin afectarlos en su núcleo normativo.

Con esto en consideración, el derecho a la salud establece la obligación de tutelar el acceso a las acciones de protección y recuperación de la salud. Como fue ya descrito anteriormente, la exposición a contaminación acústica en los niveles que fueron registrados por las actividades de fiscalización realizadas, produce un daño a la salud de la población, obligando al Estado a orientar su actuar de forma de minimizar situaciones que pongan este bien en peligro, o bien, impidan que aquellos aquejados por alguna enfermedad, puedan recobrar un estado saludable.

Por su lado, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, mandata a que el Estado vele por la no afectación del derecho, así como por la preservación de la naturaleza. Con este fin, el constituyente estableció que la ley podrá restringir derechos o libertades en pos de la protección del medio ambiente. En el caso en concreto, la contaminación acústica producida por la fuente en comento incide fuertemente en el medio en que se inserta, especialmente a un nivel sociocultural, haciendo necesaria la ejecución del mandato constitucional mediante la aplicación de las disposiciones legales ya citadas, relativas a la adopción de medidas provisionales, a saber, los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N°19.880.

En lo que respecta al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la Constitución le otorga dicha facultad a cualquier persona, estableciendo como límites la moral, el orden público y la seguridad nacional, y exigiendo el respeto a las normas legales que la regulen. El hecho de que la carta magna establezca estos puntos como la demarcación del derecho, orienta la tarea del intérprete al momento de dirimir controversias que relacionen otros derechos fundamentales, permitiendo una base desde la cual vislumbrar aquello que constituye efectivamente el núcleo normativo del derecho en cuestión.

⁸ BORDALÍ, Andrés y HUNTER Iván, Contencioso Administrativo Ambiental, Librotecnia, 2017, p.360.

Por lo anterior, resulta pacífico declarar que la posibilidad de llevar a cabo la actividad económica que se propone es el elemento inalienable del derecho en estudio, entendiendo como legítimas sólo aquellas limitaciones que tengan un fundamento arraigado en el ordenamiento legal y no impidan completamente el desarrollo de la labor en cuestión.

Ahora bien, aplicando los conceptos explorados al caso de marras, las medidas propuestas resultan proporcionales, toda vez que únicamente apuntan a disminuir la influencia que la actividad económica tiene sobre su entorno, permitiendo la realización de las acciones propias de la fuente descrita, implementando limitaciones que resultan compatibles con la persecución del objetivo económico de su titular, constituyendo así la intervención mínima necesaria para garantizar que los derechos en conflicto puedan ser ejercidos conjunta y armónicamente, estimándose que la gravedad de las mismas se justifica en virtud a la urgencia y la entidad del riesgo al que está expuesta la población que habita en torno a la fuente de contaminación acústica individualizada.

19° En conclusión, a juicio de este Superintendente, los antecedentes expuestos concurren en la existencia de fuertes razones para estimar necesaria la intervención preventiva de esta Superintendencia del Medio Ambiente en el caso ya latamente descrito, resultando necesaria la dictación de la siguiente

RESOLUCIÓN:

PRIMERO: **ORDÉNESE** a don Roberto Campos Apraiz, Rut 15.878.970-1, encargado del Pub Luna Negra, ubicado en calle Brasil N°694, comuna de San Carlos, región de Ñuble, la adopción de las medidas provisionales de las letras a) y f) del artículo 48 de la LOSMA, por un plazo de 15 días hábiles, a contar de la fecha de notificación de la presente resolución, debiendo implementarse las siguientes acciones:

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 periodo de 15 días hábiles, contados desde el la notificación del presente acto.

Como medio de verificación, el titular deberá remitir registros audiovisuales (videos) de que las señaladas fuentes no fueron utilizadas durante los días de funcionamiento, en el periodo de tiempo comprendido entre las 9:00 PM y las 4.00 AM del día siguiente, a la Oficina Regional de Ñuble. Este reporte deberá ser realizado al día hábil siguiente de vencido el plazo de 15 días que señala el párrafo anterior, mediante su presentación en la Oficina de Partes y Archivo de la citada oficina regional, acompañando una carta conductora que haga referencia a la presente resolución y describa del medio electrónico en el que fue almacenado el registro audiovisual requerido (disco compacto, pendrive, etc.).

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 esté realizando sus actividades.

Es citado informe deberá ser realizado por un profesional competente en la materia, debiendo ser acompañado su currículum vitae, así como cualquier clase de certificados técnicos que den cuenta de su competencia en la materia que el mismo tratará. Este documento deberá ser presentado, mediante la Oficina de Partes y Archivo de la oficina regional, dentro del plazo de 15 días hábiles de vigencia de la medida provisional que se ordena por la presente resolución.

Cabe señalar que por la aplicación de las acciones precedentes no se impide el funcionamiento del local comercial para su giro habitual, pero se destaca que en el ejercicio del mismo, deberá respetar de todas maneras los límites de emisión de ruido que fija el D.S. N°38/2011 MMA.

SEGUNDO: REQUIÉRASE DE INFORMACIÓN a don Roberto Campos Apraiz, Rut 15.878.970-1, encargado del Pub Luna Negra, para que, en un plazo no mayor a 10 días hábiles contados desde el vencimiento de la medida ordenada en el punto anterior, haga entrega de un informe de medición de los ruidos emitidos por su establecimiento, en conformidad a lo que señala el artículo 20 del D.S. N°38/2011 MMA, y en observancia del procedimiento técnico definido por los artículos 15 y siguientes del mismo cuerpo normativo, así como también la resolución exenta N°693, de 21 de agosto de 2015, que aprueba el contenido y formatos de las fichas para el Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido.

La actividad de medición deberá ser llevada a cabo por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA), autorizada en el alcance correspondiente, según lo dispuesto en el artículo 21 del reglamento contenido en el decreto supremo N°38, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente. El registro público de las ETFA es de acceso público y se encuentra disponible en <https://entidadestecnicas.sma.gob.cl/>

TERCERO: TÉNGASE PRESENTE que los antecedentes requeridos mediante el presente acto deberán ser entregados por escrito y con una copia en soporte digital (disco compacto o pendrive) en la Oficina de Partes y Archivo de esta superintendencia, ubicada en Teatinos N°280, piso 8, Santiago; o en su defecto, en la de la Oficina Regional de Ñuble, ubicada en Libertad N°790, Chillán, región de Ñuble.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE CUMPLIMIENTO.



CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

o/s / LMS

Notifíquese por carta certificada:

- Don Roberto Campos Apraiz, encargado Pub Luna Negra, calle Brasil N°694, comuna de San Carlos, región de Ñuble.
- Doña Carmen Alarcón Silva, calle Brasil N°687, comuna de San Carlos, región de Ñuble.
- Rita Ojeda Díaz, domiciliada en calle Alfonso Serrano N°040, comuna de Coyhaique, región de Aysén.

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de Ñuble, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes y Archivo, Superintendencia del Medio Ambiente.