

Antofagasta, diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés.

**RESOLVIENDO LA SOLICITUD DE FOJAS 1 Y SIGUIENTES:**

**A LO PRINCIPAL:**

**VISTOS:**

El 19 de diciembre de 2023 ingresó a este tribunal una solicitud de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) para autorizar la dictación de la medida provisional pre procedimental con fines cautelares, contemplada en la letra d) del artículo 48 de la Ley N° 20.417, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (“Ley N° 20.417”), consistente en la detención del funcionamiento de las instalaciones del local “Pub Mojito”, ubicado en calle Raúl Pey Casado N° 2861, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, cuyo titular corresponde a Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones E.I.R.L., por el plazo de 15 días hábiles.

Esta solicitud se fundamenta en la necesidad de evitar un daño o riesgo a la salud de las personas por la superación de la norma de emisión de ruidos contenida en el Decreto Supremo N° 38, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente (“D.S. N° 38/2011”), por el local “Pub Mojito”, afectando a la comunidad que se emplaza en sus cercanías.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** La solicitud efectuada por la SMA a este tribunal en el sentido de autorizar la dictación de la medida provisional pre procedimental, contemplada en la letra d) del artículo 48 de la Ley N° 20.417, esto es, la detención del funcionamiento de las instalaciones del “Pub Mojito”, ubicado en calle Raúl Pey Casado N° 2861, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, cuya titularidad corresponde a Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones E.I.R.L., impidiendo el ingreso de comensales, el uso de sus espacios exteriores, la venta en local de cualquier bien o servicio, junto con reproducir música con amplificación electrónica o cualquier otra actividad que haga uso de dichos equipos, como música en vivo, por el plazo de 15 días hábiles.

En dicho requerimiento la SMA da cuenta de las actividades de fiscalización realizadas durante el año 2020, en la cual se constató una superación de hasta 20 dB(A) por sobre el límite permitido, originando la adopción de una serie de medidas provisionales pre-procedimentales que no habrían sido cumplidas por el titular, al no haberse acompañado antecedentes que acreditaran la implementación de mejoras.

A su vez, con ocasión de lo anterior, se procedió a formular cargos en contra del titular del “Pub Mojito”, dando origen al procedimiento D-217-2021, por la obtención de niveles de presión sonora corregidos, superiores al límite de 50 dB(A), en un receptor sensible ubicado en la Zona III. Dicho procedimiento sancionatorio finalizó con la aplicación de una sanción al titular del establecimiento, consistente una multa de 2,6 unidades tributarias anuales. Dicha sanción no fue habría sido objeto de recurso de reposición y se encontraría pendiente de pago.

Agrega que, con ocasión de una nueva denuncia, el 2 de diciembre de 2023 se efectuó una fiscalización en la cual se constató por parte de funcionarios de la SMA -según daría cuenta el acta de inspección ambiental respectiva-, que los ruidos generados por la unidad sonora excedían en 27 dB(A) el límite establecido para el sector de emplazamiento del establecimiento -Zona III-, cuyo límite corresponde a 50 dB(A).

**Segundo.** La SMA sostiene que se cumplen los requisitos del artículo 48 letra d) de la Ley N° 20.417 para la procedencia de la medida provisional solicitada, en cuanto a: i) la presentación de una solicitud fundada que da cuenta de la infracción cometida (*fumus bonis iuris*), ii) la existencia de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas (*periculum in mora*), y iii) que las medidas ordenadas sean proporcionales, velando que no causen perjuicios de difícil reparación o violen derechos amparados por las leyes.

**Tercero.** En cuanto al primer requisito exigido, esto es, el *fumus bonis iuris*, la SMA sostiene que:

- a) El establecimiento fiscalizado superó el límite establecido por la norma de emisión de ruidos, según se da cuenta en el informe de fiscalización ambiental, puesto que:

“[...] de acuerdo a la actividad de inspección ambiental más reciente, realizada el día 2 de diciembre de 2023, se constató una excedencia de hasta 27 decibles por sobre el nivel establecido por la normativa”.

- b) En relación con el estándar probatorio exigido para ordenar medidas provisionales, indica que, según la jurisprudencia ambiental:

“[...] no es el mismo que aquél aplicable a una resolución de término de procedimiento sancionatorio. En efecto, no se requiere la plena probanza y acreditación de los hechos infraccionales -lo que es propio de la resolución terminal del procedimiento- sino la fundada probabilidad de estos, basada en datos concretos expresados, sin que ello presuponga una infracción al principio de presunción de inocencia”.

- c) Asimismo, se refiere a la calidad de ministro de fe que inviste al personal que realizó las actividades de fiscalización, cuestión que dota a las actas de

inspección ambiental de una presunción importante respecto a la eventual infracción.

Por lo anterior, considera que existe una hipótesis infraccional que justifica la adopción de la medida cuya autorización se solicita, considerando el estándar probatorio exigido para su dictación.

**Cuarto.** Por otro lado, en relación con el segundo requisito, la SMA justifica la existencia del *periculum in mora*, en base a los siguientes argumentos:

- a) Existiría un riesgo a la salud de las personas, ya que “[...] desde un punto de vista fisiológico, el riesgo se explica porque el ruido puede afectar, en razón de sus características, a gran parte del organismo humano, actuando sobre la audición, sistema respiratorio, sistema digestivo, sistema neurovegetativo y sistema circulatorio”. Agrega que, “[...] el ruido puede tener efectos no deseados sobre el sueño, los procesos cognitivos, efectos psicológicos, y además es un agente potenciador de otras enfermedades cuando al organismo se somete a determinados niveles sonoros durante períodos prolongados”.

De esta forma, el referido riesgo se fundamenta en la considerable y reiterada superación de la norma de emisión de ruidos con ocasión del funcionamiento del “Pub Mojito”.

- b) En ese mismo sentido, sostiene que de acuerdo con la “*Night Noise Guidelines for Europe*” de la Organización Mundial de la Salud (2009), los principales efectos sobre la salud de las personas expuestas a contaminación acústica, según se indica en el documento, son la “[...] fatiga, desempeño cognitivo disminuido, depresión, aumento de incidencia de enfermedades virales, accidentes, diabetes, obesidad y enfermedades cardiovasculares”.

Añade la SMA que el documento concluye que, si la “[...] exposición supera los 55 dB(A) en horario nocturno, 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 crónicos”.

De acuerdo con lo indicado, considera que se cumple el segundo requisito exigido para ordenar la medida provisional, toda vez que la superación de la norma por la fuente sonora involucrada implica afectaciones a la salud de la comunidad que se encuentra a su alrededor.

**Quinto.** Por último, se refiere la SMA a la existencia de una proporcionalidad en la medida solicitada respecto del riesgo generado a la salud de la población, ya que:

- a) Habría una adecuada ponderación de los derechos fundamentales en tensión, por un lado, 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, respectivamente; y por el otro, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita por parte del sujeto fiscalizado, que enuncia el numeral 21 del referido artículo, resultando entonces “[...] imperativa, la intervención de la SMA en pos del resguardo de la salud y del medio ambiente, en consideración de la misión que su ley orgánica le encomendó”.

- b) En ese orden de ideas, la medida solicitada resulta proporcional toda vez que su objeto apunta a disminuir la influencia que la actividad económica tiene sobre su entorno, considerando que se acreditaron reiteradas infracciones a la norma de emisión de ruido.

Añade que la denuncia recibida con posterioridad al procedimiento administrativo sancionatorio D-217-2021, “[...] evidencia que el riesgo al que se expone la población cercana se ha acrecentado, dada la más reciente superación constatada que da cuenta de una excedencia de 27 dB(A) por sobre el límite permitido, y cuyas superaciones anteriores de hasta 20 dB(A), dieron origen al mencionado procedimiento, hoy terminado”.

En atención a lo anterior, estima que la gravedad de la medida requerida se justifica en la entidad del riesgo a que la población está expuesta, así como también en la reiteración del titular, sin que haya adoptado una solución definitiva a la situación de ilegalidad en la que opera su establecimiento.

**Sexto.** Para el presente caso, se debe tener presente que el artículo 48 de la Ley N° 20.417 dispone, en su inciso primero, que:

“Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: [...] d) Detención del funcionamiento de las instalaciones”.

Añade su inciso segundo, que:

“Las medidas señaladas en el inciso anterior podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40”.

Prescribe la disposición, en su inciso tercero, que:

“Las medidas contempladas en este artículo serán esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos. En caso de renovación, ésta deberá

ser decretada por resolución fundada cumpliendo] con los requisitos que establece este artículo”.

Finalmente, en lo pertinente, su inciso cuarto prescribe que “[e]n el caso de las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e), la Superintendencia deberá obtener la autorización previa del Tribunal Ambiental [...]”.

**Séptimo.** De esta manera, considerando lo señalado precedentemente, para autorizar la presente solicitud de medida provisional, corresponde analizar si se verifican los requisitos exigidos por el artículo 48 de la Ley N° 20.417, con especial énfasis en la inminencia de daño al medio ambiente o a la salud de las personas.

**Octavo.** De esta forma, del examen de los antecedentes acompañados, consta que el 27 de noviembre de 2023 la SMA recibió una denuncia respecto a ruidos emitidos por la fuente emisora “Pub Mojito”, los cuales serían frecuentes y durante la madrugada; conducta que se habría mantenido por el titular del establecimiento no obstante haberse iniciado, previamente, un procedimiento sancionatorio en su contra y resultar sancionado.

A su vez, del reporte técnico de la medición acompañada en autos, asociada a la actividad de fiscalización efectuada el 2 de diciembre de 2023, consta la superación de 27 dB(A) sobre los niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos, que para la Zona III -donde se encuentra la fuente sonora-, es de 50 dB(A).

**Noveno.** De esta manera, a juicio de este Ministro existen antecedentes suficientes que darían cuenta que las superaciones a la norma de emisión de ruido contenida en el D.S. N° 38/2011, constituyen una situación que se ha mantenido en el tiempo, todo lo cual encuentra su respaldo en el procedimiento sancionatorio D-217-2021 seguido por la SMA, así como en la denuncia formulada durante el presente año, hechos que habrían sido confirmados en la consecuente fiscalización.

**Décimo.** Como corolario de lo anterior, en cuanto a la intensidad de la medida cuya autorización se solicita, esta tiene asidero precisamente en la falta de implementación de medidas por parte del titular, desde el año 2020, oportunidad en la cual se habrían efectuado las primeras denuncias y actividades de fiscalización, justificándose su proporcionalidad en el resguardo del fin que se pretende proteger, esto es, evitar un daño a la salud de la población.

**Undécimo.** Conforme con lo señalado precedentemente, a juicio de este sentenciador existen antecedentes suficientes para considerar que se presenta la hipótesis de inminencia de daño a la salud de las personas y la necesidad de su cautela, por lo que se concederá la autorización para adopción de la medida solicitada.

**POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE**, lo dispuesto en los artículos 17 N° 4 y 32 de la Ley N° 20.600; 3°, 8°, 48 de la Ley N° 20.417; el D.S. N° 38/2011; en el Acta



de sesión ordinaria N° 7, de 2017, sobre procedimiento de autorizaciones y consultas al Primer Tribunal Ambiental; en el Acta de Trabajo Administrativo N° 536, de 2023, relativa a la fijación de turnos del Primer Tribunal Ambiental; y demás disposiciones que resulten pertinentes.

**SE RESUELVE:**

Autorizar la dictación de la medida provisional pre procedimental contemplada en la letra d) del artículo 48 de la Ley N° 20.417, esto es, la detención del funcionamiento de las instalaciones respecto del “Pub Mojito”, ubicado en calle Raúl Pey Casado N° 2861, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, cuyo titular corresponde a Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones E.I.R.L., por el plazo de 15 días hábiles, computados desde la notificación de la resolución que ordene la adopción de la medida.

**AL PRIMER OTROSÍ:** Téngase por acompañados los documentos, con citación.

**AL SEGUNDO OTROSÍ:** Téngase presente y por acompañados los documentos, con citación.

**AL TERCER OTROSÍ:** Téngase presente el patrocinio y por conferido el poder.

**AL CUARTO OTROSÍ:** Como se pide, notifíquese de conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N° 20.600, a las siguientes casillas electrónicas: [katharina.buschmann@sma.gob.cl](mailto:katharina.buschmann@sma.gob.cl), [estefani.saez@sma.gob.cl](mailto:estefani.saez@sma.gob.cl) y [paloma.espinoza@sma.gob.cl](mailto:paloma.espinoza@sma.gob.cl).

**Rol S-22-2023**

Pronunciada por el ministro de turno, Sr. Marcelo Hernández Rojas.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Gonzalo Alonso Valdés.

En Antofagasta, a diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución precedente.