

C. A. de Copiapó

Copiapó, quince de julio de dos mil trece.

VISTOS:

A fojas 77 y siguientes, doña Solange Elsa Bordones Cartagena, por sí y por la Comunidad Indígena Diaguita de Placeta; Bélgica Maglene Campillay Rojas, por sí y por la Comunidad Indígena Diaguita Paytopen de Chanchoquín Grande, Oriel Eduardo Campillay Cortez, por si y por la Comunidad Indígena Diaguita Chiguinto y Paula del Rosario Alcayaga Cayo, por sí y por la Asociación Indígena Consejo Comunal Diaguita de Guascoalto, todos pertenecientes a la etnia indígena Diaguita y domiciliados en la comuna de Alto del Carmen, Provincia del Huasco, Región de Atacama, interponen recurso de protección contra Compañía Minera Nevada SpA, sociedad relacionada con la matriz minera Barrick Gold y en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental, en adelante CEA, presidida esta última por el Intendente de Atacama, señor Rafael Prohens Espinosa.

En síntesis, explican, que son personas naturales y comunidades pertenecientes a la etnia indígena “Diaguita”, todos habitantes de la cuenca alta del río Huasco, valle del Tránsito, mismo lugar en el que se emplaza el proyecto minero Pascua Lama, que sus principales actividades son de carácter agrícolas y ganaderas, siendo los recursos hídricos de suma importancia para su sustentación, los que aseguran están siendo intervenidos ilícitamente por la empresa denunciada.

Luego de especificar el lugar en donde se encuentran asentados, sostienen que el proyecto minero Pascua Lama ejecutado por la Minera Nevada SpA no efectuó consulta alguna indígena y de acuerdo a lo señalado por CONADI el proyecto “no señala la forma en que se protegerán y respetarán los derechos de las comunidades indígenas; ello en razón que el estudio sólo hace una referencia genérica a las comunidades”.

Indican que con motivo del inicio de la fase de construcción del proyecto Pascua Lama en el año 2012, han tomado conocimiento, a través del ordinario N° 2477 del MOP/DGA, de fecha 31 de agosto del mismo año, de distintos hechos constitutivos de graves infracciones a las condiciones en las que fue aprobado el aludido proyecto, lo cual ha generado a su vez, un proceso sancionatorio por parte de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, según consta en Resolución N° 186, de 20 de agosto de 2012.

Más adelante, especifican que el referido proyecto minero, fue aprobado en su oportunidad por la COREMA, a través de la Resolución N° 39, de 25 de abril de 2001, para luego en el año 2006, mediante Resolución de Calificación Ambiental N° 024, en adelante indistintamente RCA, se aprobaran medioambientalmente las “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”. Siendo esta última resolución administrativa la que gobierna el actuar de la empresa minera recurrida en cuanto su accionar referido al medio ambiente, esto es, ciertos aspectos a cumplir para mitigar los daños ambientales producidos con ocasión del proyecto citado.

Al efecto, los recurrentes expresan que con la finalidad de salvaguardar el medio ambiente se instruyeron por medio de las resoluciones de calificación medioambiental que indica, diversas acciones tendientes a amparar los recursos hídricos de la zona y en particular, los glaciares del lugar.

Así las cosas sustentan los interesados que para evitar o mitigar la contaminación de las aguas, entre las condiciones establecidas en la reseñada resolución, se encuentra la construcción de obras destinadas a impedir que el agua natural se contamine al entrar en contacto con los estériles, la implementación de obras destinadas a captar las aguas contaminadas denominadas drenajes ácidos o aguas de contacto, y la instalación y operación de una Planta para el tratamiento de estos Drenajes Ácidos de Roca, en adelante D A R.

Luego de detallar en su libelo pormenorizadamente cada una de las obras de mitigación, indican que en la especie, las mismas deben estar operativas al momento de dar inicio a las faenas de la empresa minera recurrida, esto es, en la fase denominada pre-stripping, consistente en la

remoción del material superficial del sitio, el cual debe ser sacado mediante tornaduras y otras maneras afines para dicho propósito.

Sin embargo, los reclamantes denuncian que dicha actividad que se despliega en la actualidad por Minera Nevada SpA no cuenta con las obras, o mecanismos de mitigación medioambiental que señala, puesto que dichas acciones tendientes a proteger las aguas del lugar no se encuentran terminadas, o bien no están funcionando o no se encuentran autorizadas.

Para avalar sus dichos, hacen presente que el Informe Técnico de la Dirección General de Aguas, en adelante DGA de Atacama, de fecha 24 de abril de 2012 da cuenta que el sistema de aguas de no contacto presenta un retraso equivalente a un 25 % de las obras aún en desarrollo.

Adiciona que en la actualidad la empresa recurrida se encuentra acopiando material rocoso estéril, cuestión que no debía ocurrir, lo que se ha plasmado en el Ordinario N° 434 de la DGA de Atacama, datado el 9 de julio de 2012.

En suma, estiman que la falta de las faenas de mitigación ambiental han afectado gravemente los recursos hídricos, esto es, los ríos Estrecho y El Toro, habida consideración que a la fecha se habría removido más de doce millones de toneladas de roca estéril.

Producto del escenario descrito previamente, los suplicantes reprochan a la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama, que recién con fecha 20 de agosto de 2012 diera inicio a un proceso sancionatorio administrativo, pero sin adoptar ninguna medida cautelar para evitar el mayor agravio a la zona.

Indican que la obligación que le corresponde a la empresa denunciada en cuanto realizar adecuadamente las obras de mitigación producto de la resolución de calificación ambiental, consta además en un compromiso suscrito con la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y su afluentes que se formalizó mediante un protocolo de acuerdo fechado 30 de junio de 2005, en virtud del cual la compañía recurrida se compromete a no afectar los recursos hídricos o bien suspender sus obras en el evento de avizorar alguna merma de los caudales hídricos.

Los pretendientes además manifiestan en su libelo los menoscabos de que han sido objeto los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, producto

de la falta de implementación de las medidas consignadas en la Resolución de Calificación Medioambiental N° 24 del año 2006, toda vez, que dicho acto administrativo manda lo siguiente: "el titular deberá acceder al recurso mineral y obras asociadas al desarrollo del proyecto en la zona de glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza de manera tal que no se produzca remoción, traslado, destrucción o cualquier otra intervención física sobre ellos."

Continúan indicando que la indicada resolución de manera perentoria obliga a la empresa minera recurrida a no intervenir los glaciares con ocasión de la extracción de mineral o desarrollo minero del proyecto en cuestión.

Destacan como una de las medidas a que se obligó a la empresa en comento, la de un modelo matemático de dispersión de emisiones de polvo, necesario para no afectar a los glaciares del lugar.

Agregan los comparecientes que de los diversos actos administrativos que acompañan en su libelo se advierten los incumplimientos de la empresa recurrida al Plan de Monitoreo de Glaciares, la falta de información y antecedentes por parte de la minera al respecto, y el carácter grave de esta situación, cuestión denunciada a través del Ordinario N° 499 de la DGA el cual señala: "esta situación constituye una falta grave a los condiciones establecidas en la RCA 24/2006, principalmente en lo correspondiente al Considerando 7.1, sobre la ejecución del Plan de Monitoreo de Glaciares (PMGv3J vigente, incumpliendo de esta forma los condiciones ambientales bajo los cuales fue aprobado el Proyecto en cuestión, cuyo incumplimiento se relaciona directamente con los impactos de éste sobre la componente Glaciar y sus consecuencias en la disponibilidad de recursos hídricos en la cuenca."

Por otra parte los recurrentes estiman que la actitud de la Comisión de Evaluación Ambiental, co recurrida de autos, es censurable por cuanto como sucesora legal de la COREMA, no obstante las diversas advertencias de irregularidades, hasta el momento no ha fiscalizado, sancionado o tomado medidas para detener las actividades ilegales de la compañía recurrida, lo que a juicio de los reclamantes, constituye una omisión grave e injustificable que se ha intentado enmendar recién con un proceso de sanción administrativo tardío, sin adoptar las medidas cautelares o

preventivas tales como ordenar la paralización o suspensión de todo o parte de las faenas o actividades ejecutadas en contravención a la ley, pudiendo y debiendo hacerlo de conformidad a la Ley N° 19.300, Ley N° 19.880 y al deber constitucional y legal que tiene, como órgano del Estado de cautelar la preservación del medio ambiente previniendo los impactos ambientales antes que ellos se produzcan.

Con todo -se asevera-, la actitud pasiva de la Comisión de Evaluación Ambiental transgrede el principio de prevención que gobierna la legislación medioambiental, el que se destaca por los recurrentes mediante jurisprudencia que invocan en su escrito.

En suma estiman los interesados que en la especie las conductas de cada una de las recurridas implican un conjunto de actos y omisiones ilegales y arbitrarios que por su naturaleza importan un agravio a los derechos constitucionales de los peticionarios. Señalan que la forma en que dicho agravio de produce es afectando las fuentes hídricas, consistentes en las masas glaciares que alimentan los cursos de agua y contaminando o poniendo en riesgo de contaminación estos últimos, de las que se abastecen para desarrollar sus actividades agrícolas, recreativas y formas de vida ancestral reconocidas y amparadas por el Estado de Chile en la Ley Indígena N° 19.253 y en el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que comenzó a regir a partir del 15 de septiembre de 2009.

De tal suerte precisan que sus derechos fundamentales amagados son los consagrados en los artículo 19 numerales 1 y 8, ambos de la Constitución Política de la República de Chile, tornándose necesaria la intervención judicial, para efectos de que se declare que se ordena a la empresa Compañía Minera Nevada SpA, la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley 19.300 y las demás que se establezcan destinadas a garantizar los recursos naturales amenazados, y por otra parte se ordene a la Autoridad Ambiental, adoptar todas las medidas administrativas necesarias para el adecuado restablecimiento del Estado de derecho garantizando el derecho de los afectados, todo ello con costas.

Por su parte la recurrida, Comisión de Evaluación Ambiental a fojas 134 y siguientes evacuó informe en virtud del cual solicitó el rechazo de la presente acción constitucional. Indicó preliminarmente que del arbitrio imputado entiende que lo reprochado a su parte dice relación con omisiones arbitrarias e ilegales derivadas de la supuesta falta de fiscalización, sanción y adopción de medidas cautelares respecto de los hechos que se imputan. Sin perjuicio de ello, la reclamada autoridad ambiental, sostiene en primer término que la alegación de los recurrentes relativo a la consulta indígena, no resulta exigible en la especie por cuanto el Convenio N° 169 de la OIT es posterior a la aprobación del proyecto minero Pascua Lama.

Más adelante precisa y esgrime que dado el contexto legal actual, regido principalmente por las Leyes N° 20.417 y 20.473, sin perjuicio de aplicarse supletoriamente las normas contenidas en las Leyes N° 19.880 y 18.575, las facultades de fiscalización corresponden a cualquier órgano del Estado que tenga entre sus funciones alguna relativa a la protección y cuidado del medio ambiente, siendo de su competencia la aplicación de sanciones administrativas en caso de advertirse algún incumplimiento, sea de oficio o producto de lo informado por un servicio u órgano sectorial.

Precisa además que la Comisión de Evaluación Ambiental no había tomado conocimiento previo del incumplimiento de la resolución de calificación medio ambiental que da origen a este recurso, sin perjuicio de ello, hizo presente que se dio inicio a un proceso sancionatorio y se solicitaron informes sectoriales.

Respecto a las omisiones que se le atribuyen, la recurrida indica que para estimar la concurrencia de una omisión se deben dar los siguientes requisitos: 1.- Existencia del deber legal de obrar y 2.- Inercia injustificada de la Administración, lo que se manifiesta en el incumplimiento de plazos asociados para desarrollar una determinada actuación.

Pues bien, la Comisión de Evaluación Ambiental, como recurrida de autos en primer lugar estima que en la especie no existe una omisión en el rol fiscalizador que los recurrentes pretenden, en tanto, de la normativa vigente, esto es, de la relación entre las Leyes N° 20.473 y N° 20.417, queda de manifiesto que su rol tiene que ver con aspectos y procedimientos

sancionatorios, más la fiscalización se radica en los órganos del estado que tengan vinculación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En segundo término, manifiesta que en lo pertinente a la supuesta omisión ilegal o arbitraria en el deber sancionatorio de la Comisión de Evaluación Ambiental, indica la recurrida que en este punto, efectivamente existe la obligación de actuar de su parte, sin embargo en lo tocante a la inercia injustificada en la respuesta, sostiene que ello no es tal, por cuanto, se han impuesto en la actualidad procesos sancionatorios en contra la empresa minera recurrida, mecanismos todos, que detalla en su libelo.

Puntualiza que existen tres causas inculpatorias relacionadas con los hechos denunciados, el primero de ellos se inició con fecha 20 de agosto, el segundo, 31 de octubre y el último, 23 de noviembre, todos de 2012, los cuales se encuentran pendientes.

En tercer lugar, esto es, en cuanto a la supuesta omisión ilegal o arbitraria en la adopción de medidas urgentes por la Comisión de Evaluación Ambiental, sostuvo en un primer orden de ideas que los recurrentes no fueron precisos en señalar cuáles serían las medidas que peticionan al efecto. No obstante, la informante estima al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.880 que la adopción de cualquier medida urgente como las pretendidas por los reclamantes, es una cuestión facultativa del órgano en cuestión, por lo que no se da en la especie el requisito de deber legal de actuación que supone la configuración de una omisión como la planteada por los demandantes. Además indica que de los informes con que cuenta, emitidos por la Dirección General de Aguas de Atacama no se vislumbra observación alguna que amerite la adopción de amparos urgentes de su parte.

Respecto de la conculcación de derechos revelados por los recurrentes no es tal, por cuanto del mérito de los informes evacuados por la Dirección General de Aguas de esta región, no se desprende vulneración a los derechos que se indican en el libelo que da origen a esta causa, razón por la cual malamente se puede aspirar a una medida urgente de su parte como sería la paralización del proyecto minero que se encuentra en entredicho.

Por estas consideraciones solicita tener por evacuado el informe ordenado procediendo a rechazar el arbitrio de autos, con costas.

A fojas 188 y siguientes la recurrida Compañía Nevada SpA, representada por el abogado don José Antonio Urrutia Riesco, quien en primer lugar sostuvo el rechazo del recurso formalizado por cuanto, existen varios procesos administrativos pendientes en los que se está conociendo la materia sometida a esta Corte. En efecto, indica que las presuntas infracciones a las condiciones establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental N°24/2006 o RCA N°24/06, alegadas por los recurrentes, ya están sometidas al imperio del derecho, debido a que existen tres procesos administrativos en curso por los mismos hechos descritos en el libelo. Esto es reconocido expresamente por los reclamantes y consta en el informe presentado por la otra recurrida de autos, por lo que se descarta cualquier atisbo de acto u omisión ilegal de parte de la CEA, y, lo más grave, confirma que, en la práctica, con la actual vía se está intentando sustituir dichos procedimientos administrativos sancionatorios en curso y reemplazar a la autoridad competente.

La sociedad recurrida precisa, en cuanto a este aserto, que el asunto debatido en estos autos se encuentra ya bajo el imperio del derecho, vale decir, sometido al ordenamiento institucional y legal que existe al respecto, señalando en su libelo, los diversos cuerpos legales que regulan la materia y la fiscalización a actividades como la que despliega.

Así las cosas, sustenta que los hechos que fundamentan el recurso ya se encuentran correcta y legalmente sometidos a la competencia del Servicio de Evaluación Ambiental y de los órganos del Estado que participaron en la evaluación del Proyecto Pascua Lama, como son para las materias del recurso, entre otros, la Dirección General de Aguas y los Servicios de Salud.

No solo se encuentran bajo la esfera de la competencia y el conocimiento de los órganos pertinentes, sino que además, algunos de los hechos alegados como supuestos actos u omisiones de los recurridos ya son materia de procesos de fiscalización de atingencia de la autoridad ambiental y/o de las potestades sectoriales, cuyos actos administrativos individualiza en su informe.

Agrega, por otra parte que se trata de materias altamente técnicas y complejas, que deben ser conocidas por órganos especializados, en procesos de lato conocimiento. De tal suerte, a juicio de la empresa minera,

los recurrentes pretenden utilizar esta sede constitucional para reprocharles el supuesto incumplimiento de exigencias técnicas establecidas en la R.C.A N°24/06, que aprobó ambientalmente el Proyecto, en circunstancias que la naturaleza excepcional y cautelar de la acción de protección la circunscribe a aquellos casos en que los hechos en los que se funda constituyen una infracción evidente a las garantías constitucionales que justifica el uso de una acción de emergencia como ésta, pero no para la defensa de la mera legalidad.

En este sentido, estima que los reclamantes no han acompañado evidencia alguna que permita acreditar supuestos actos u omisiones de los recurridos, relacionados con el Sistema de Manejo de Aguas y con los glaciares, ni tampoco pruebas ni antecedentes que se refieran a las consecuencias que tales actos u omisiones supuestamente ocasionarían.

Sin perjuicio de ello, precisan que las materias citadas en el recurso son de carácter eminentemente experto y de alta complejidad en su análisis, estudio y conclusiones, de modo que su apreciación y calificación, no es de aquellas materias que se pueden resolver en la forma expedita y summarísima propia del mecanismo de protección, sino en un proceso de carácter predominantemente técnico y de lato conocimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, afirma la imputada Compañía Minera Nevada que los hechos manifestados no afectan ninguna garantía constitucional, puesto que es imposible que se haya producido alguna afectación a las garantías constitucionales del “derecho a la vida” o del “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” de los recurrentes, por los actos u omisiones supuestamente ilícitos de CMN relatados en la denuncia, debido a que, incluso en el evento que dichos actos fueran efectivos, ellos no tienen la entidad suficiente como para afectar los recursos hídricos y provocar una afectación de las referidas garantías. A este respecto, precisa la recurrida los siguientes aspectos: En cuanto a la supuesta afectación de la calidad de las aguas por el drenaje ácido de roca, no existe ningún riesgo o amenaza de contaminación de los recursos hídricos del valle del río Huasco, que se pueda derivar del estado de avance del Sistema de Manejo de Aguas del proyecto “Pascua Lama”, ni de las actividades desarrolladas en el proyecto. Ello por cuanto los componentes del sistema de manejo de aguas de la obra Pascua Lama, incluidos los canales perimetrales que recolectan el agua, las piscinas de

acumulación que la almacenan, el muro cortafugas y la planta que trata las aguas antes de vaciarlas de vuelta al río, a los que se refiere en detalle el recurso, se encuentran todos construidos y operativos, bajo las condiciones previstas en el diseño de las faenas.

Para ello, la recurrida explica en su informe los diferentes mecanismos técnicos de tratamiento de aguas, esto es, sistemas de manejos de agua de no contacto y de contacto, obras hidráulicas que han desarrollado correctamente y que son reflejo del principio preventivo contenido en la RCA N° 24/2006.

Precisa la recurrida de protección que las obras de drenaje de ácido de roca o DAR, se encuentran construidas y operativas, según dan cuenta las auditorias y estudios que se han efectuado a este respecto. Aclarando en este punto que el hecho de que la Planta DAR no haya entrado en funcionamiento, no se debe a que no haya estado terminada y operativa como señalan los recurrentes, sino porque no se ha requerido su operación.

Lo anterior, está ratificado por varios especialistas que estiman que, en años secos como el 2012, no se descargarían aguas al río. Adiciona que la Planta DAR está debidamente autorizada por la Seremia de Salud, Resolución Exenta N°1080, de fecha de 6 de abril de 2011.

En lo atingente a las aguas, indica y detalla que la supuesta descarga de aguas contaminadas al río es imposible que haya ocurrido, ya que aún después de la interposición del recurso, no existían aguas de contacto que tratar, debido a que durante el invierno (periodo que comprende abril a noviembre) los recursos hídricos en el área de influencia del proyecto se encuentran congelados producto de las bajas temperaturas existentes en la zona. Todo lo cual, afirma, ha sido ratificado por especialistas, en especial, según se muestra en informes del señor Jorge Proust.

En lo relativo al movimiento de tierras (prestripping) ejecutado por su parte, asevera no haber provocado algún riesgo de generación de drenajes ácidos de roca que puedan afectar la calidad de las aguas del río Estrecho, debido a que: i) durante todo el año 2012 hubo bajísimas precipitaciones que generaron un muy escaso flujo de aguas hacia el sistema de manejo de las aguas que pudieron entrar en contacto con la tierra removida, y ii) las piscinas de acumulación poseen y han mantenido durante todo el tiempo, una enorme capacidad de almacenamiento,

precisamente para evitar que las aguas que hayan podido tomar contacto con la tierra removida, caigan al curso del río antes de ser tratadas en la Planta.

Destaca la recurrida que el proceso de remoción de estériles o “prestripping”, es una actividad planificada del Plan Minero, que ha seguido un procedimiento ordenado y perfectamente estructurado desde mucho antes de comenzar las faenas de construcción del proyecto, en el que se calcula, incluso, el período ideal para iniciarla. Dicha etapa fue comunicada debidamente al SERNAGEOMIN, y ha sido fiscalizado en innumerables ocasiones por éste.

Hace presente que este aspecto también ha contado con la evaluación y estudio del especialista Proust, ya citado, quien ha evacuado informes favorables a la actividad que realiza respecto de este aspecto.

Respecto de la totalidad de los canales perimetrales que impiden que las aguas exteriores hagan contacto con el material removido (“sistema de manejo de aguas de no contacto”), poseen la conductividad hidráulica suficiente para evacuar las aguas que a ellos escurre. Afirma, y según es constatado por el especialista, ya referido, que tanto el sistema de aguas de contacto como el régimen de manejo de aguas de no contacto, se encuentran operativos, que se capacitó a operadores para efectos de llevar un adecuado uso de dichos regímenes, por ende su parte estaba autorizada para realizar remociones de estériles.

De tal suerte, incluso en el caso que se hubieran generado flujos de agua de no contacto durante el invierno (situación no ocurrida en 2012), los canales habrían permitido la conducción de estas aguas alrededor del área del depósito de estéril impidiendo que entraran en contacto con éste y su acidificación.

En este apartado la recurrida asevera que todo lo anterior ha sido verificado según la normativa pertinente a través de auditorías independientes, las que dan cuenta que los trabajos hidráulicos se encuentran en estado de funcionar.

Agrega que en cuanto a la supuesta alteración de la cantidad de las aguas por la afectación de los glaciares, por actos ilícitos de la mina, que se le imputan, ello no es tal, debido a que la evolución natural de los cuerpos

de hielo “Toro 1”, “Toro 2” y “Esperanza”, citados en el recurso, no tiene su explicación en las actividades desarrolladas por su representada, sino que obedecen a una multiplicidad de factores climáticos, geográficos y técnicos. Como tampoco ha podido afectarse la cantidad de los recursos disponibles para los recurrentes, toda vez que el aporte hídrico de tales glaciaretos es muy bajo en relación a la cantidad de las aguas disponibles en la cuenca del río Huasco.

Aclara que que los cuerpos de hielo “Toro 1”, “Toro 2” y “Esperanza” corresponden a “glaciaretos” y no a glaciares. Explicando al efecto que los glaciaretos son pequeñas masas de hielo que se localizan sobre las laderas de montañas, depresiones, sectores en sombra o zonas receptoras de avalancha que pueden deberse a nieve que perdura por dos o más años consecutivos. Se forman principalmente por la precipitación atmosférica de agua en estado sólido o en aquellas áreas de la superficie de la tierra donde existen climas fríos.

Del mismo modo, en años o períodos secos estas masas tienden a desaparecer, cubriéndose de materiales o reduciéndose significativamente de tamaño.

Añade que los estudios científicos han probado que los factores que alimentan estos pequeños cuerpos de hielo, la caída de nieve y las bajas temperaturas, han sido afectados por el cambio climático que afecta a todo el mundo, lo que ha reducido la acumulación de hielo y aumentado progresivamente el derretimiento de los glaciares y glaciaretos.

Para corroborar la tesis, esgrimida previamente respecto de los cuerpos de hielo, la recurrida sostiene y detalla en su libelo una serie de estudios científicos que avalan la idea señalada en el párrafo anterior, destacando que existe un sistema de monitoreo y control de los glaciares que se condice con la obligación impartida por la resolución de calificación medioambiental, siendo los mismos, -informes y estudios- la manera en que se devela el cuidado que se ha tenido por estos recursos como también explicarían que el deterioro de los mismos tiene que ver con otros aspectos y no con las actividad que realiza. Hace presente que este Plan de Monitoreo de los Glaciares, ha sido de difícil cumplimiento, por las condiciones climáticas del lugar, sin perjuicio de ello igualmente se ha acatado con la obligación ambiental impuesta en su oportunidad.

En esta misma línea y citando diversos informes y estudios, asevera la recurrida que la reducción de los cuerpos de los glaciares en cuestión obedece principalmente al calentamiento global, lo cual tiene un antecedente de varios años a la fecha, siendo un fenómeno que afecta a todos los glaciares que existen en el globo.

Agrega que los factores climáticos propios del lugar, esto es, el viento, unido a la altura en que se encuentran los glaciares, hace que se vean expuestos a materiales rocosos que afectan su integridad, pero ello nada tiene que ver con el proyecto minero. Sin perjuicio de ello, la compañía minera ha implementado un Sistema Integrado de Gestión de Polvo exclusivamente para el control del material particulado, y como parte del mismo, se han llevado a cabo diversas acciones para la humectación de caminos, incluyéndose el registro de las mismas.

Previo a explicar las diversas cuencas y sub cuencas del lugar, refiere el recurrido que los mencionados glaciares implican un aporte mínimo a los recursos hídricos que los recurrentes reclaman, máxime si alguno de ellos no están relacionados con las cuencas de las cuales los demandantes de autos se servirían.

En su parecer, estos temas del suyo complejo, según se advierte de los informes que cita, escapan a la sede en que los recurrentes intentan impetrar la acción constitucional de autos.

Adiciona que no procede discutir en este recurso de protección aspectos relacionados con la evaluación ambiental del Proyecto, por cuanto fue aprobado ambientalmente en febrero de 2006 y encontrándose en ejecución hace más de tres años. En efecto, el proyecto “Pascua Lama” fue sometido en dos oportunidades a aprobación por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), de conformidad con la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N°95/1994.

En ambas ocasiones de evaluación, tuvo lugar una amplia participación de servicios públicos y entidades interesadas en la temática ambiental. El Proyecto fue revisado y evaluado por todas las autoridades con competencia ambiental tanto en Chile como en Argentina, así como por un número significativo de entidades académicas y ONG. Asimismo, y tal como lo describe el Informe Consolidado de Evaluación del Proyecto

“Modificaciones Pascua Lama”, hubo participación ciudadana temprana realizándose diversas presentaciones del Proyecto y reuniones informativas en diversas localidades del Valle del Huasco, por lo que no procede dar lugar a los reproches que indican los recurrentes, ya que todo lo que aseveran ha sido evaluado y aprobado previamente en las instancias respectivas, existiendo resoluciones ambientales, esto es, RCA 039/01 y RCA 024/06 que dan cuenta del estudio previo que se hizo al proyecto y las obligaciones que se dispusieron para su implementación, siendo reflejo ese proceso de la participación pública que tuvieron organismos públicos y la ciudadanía en general.

Con todo, indican que su accionar se ha ceñido al principio preventivo al que aluden los recurrentes, por cuanto han adoptado una serie de medidas de mitigación ambiental, que aluden en su informe.

Por otra parte, la recurrente sostiene que no es efectivo la falta de fiscalización o control por los organismos competentes, por cuanto desde su inicio han sido sometidos a periódicas visitas de las autoridades respectivas con el objeto de corroborar el cumplimiento de los mandatos ambientales que pesan sobre su actividad.

En lo tocante a que el proyecto minero en cuestión no efectuó consulta alguna indígena durante su evaluación ambiental, esgrime que no procede discutir ello en esta sede, ni en esta oportunidad. Aduce que atendida la fecha de evaluación del Proyecto, el recurso es extemporáneo y no obstante ello, no existía el deber de hacer una consulta especial indígena alegada por el recurrente, toda vez, que en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, comenzó a regir a partir del 15 de septiembre de 2009, esto es, después de que el proceso inicial del proyecto hubiera comenzado.

A modo de ilustrar el estado actual del mismo, indica que éste se encuentra actualmente en fase de construcción (fase previa a la explotación minera), la que se inició en el mes de Octubre de 2009, registrando un porcentaje de avance entre el 75% y 80% tanto en Chile, como en Argentina, generándose miles de puestos de trabajo directos e indirectos.

Habiéndose cumplido ya tres años desde el inicio de los trabajos de construcción del proyecto, ya se encuentran edificadas en Argentina y en Chile la mayor parte de sus obras, entre las cuales cabe mencionar: los

campamentos, el muro corta fugas, la planta de drenaje ácido, las piscinas de acumulación de agua, la planta de procesamiento de minerales, el edificio de molienda, los equipos de montaje, el equipo de ensamblaje, el túnel para el transporte de mineral hacia Argentina y el camino minero de acceso al rajo, entre otros.

Finalmente solicita por evacuado el informe de Compañía Minera Nevada SpA en el presente recurso de protección, y en mérito de lo expuesto y de los documentos acompañados, rechazar el recurso con expresa condena en costas.

Tanto recurrentes como recurridos acompañaron en apoyo a sus argumentos, abundantes documentos los que fueron tenidos a la vista por esta Corte, como asimismo la prueba oficiosa decretada en virtud de las facultades que dispone el ordenamiento jurídico para estos efectos.

A fojas 641 se trajeron los autos en relación y se escucharon los alegatos respectivos.

A fojas 673, se decretó para mejor acierto una inspección personal del tribunal, encomendándose tal diligencia al Ministro redactor Antonio Ulloa Márquez, la que se evacuó con data 1 de julio en curso, la que rola desde fojas 681 a 687.

A fojas 688 la acción quedó en acuerdo.

CONSIDERANDO:

1º) Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se numeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deban tomar ante un acto u omisión arbitraria o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio. En este sentido, la doctrina ha señalado: “acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados en el artículo 20 de la Constitución, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y

los derechos de las personas de un modo directo e inmediato" (Nogueira, Humberto. Revista Ius et Praxis, v.13 n.1, 2007, pág. 75.)

2º) Que, atendida la especial naturaleza de esta acción constitucional, para que pueda prosperar es indispensable que quien lo intente acredite la existencia de un derecho actual que le favorezca, que esté claramente establecido y determinado y que corresponda a uno de aquéllos a que se refiere el artículo 20 de la Carta Fundamental.

3º) Que, igualmente es sabido que para que el recurso de protección sea acogido, es necesario que los hechos en que se hace consistir la arbitrariedad o ilegalidad, estén comprobados y que con estos hechos se haya sufrido perturbación, privación o amenaza en el ejercicio legítimo de las garantías y derechos que la Carta Fundamental asegura y, que son los enumerados taxativamente en el artículo 20 de este cuerpo legal.

4º) Que, la presente acción, como se dijo, se basa en la vulneración al derecho a la vida vinculado con la garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, alegadas por los interesados, esto es, la presente causa discurre sobre la sede de la tutela efectiva a los derechos fundamentales en el ámbito judicial.

Así, del mérito de la parte expositiva de este fallo, queda en manifiesto que el arbitrio constitucional que nos ocupa, fue interpuesto en contra de la empresa Minera Nevada SpA y contra de la Comisión de Evaluación Ambiental, por lo que para una mejor inteligencia de la presente sentencia, se analizarán los antecedentes separadamente respecto de cada uno de los recurridos.

5º) En cuanto a los reproches que se imputan a la empresa Minera Nevada SpA, se pueden resumir en lo siguiente: 1.- Falta de implementación, construcción o adecuado manejo de obras ordenadas en la RCA respectiva que apunten a resguardar los recursos hídricos del lugar, en especial aquellas vinculadas a los Drenajes Ácidos de Roca; 2.- Derivado de las labores de prestripping, tronaduras y otras efectuadas por la compañía, el hecho de haberse producido un alto nivel de material particulado en suspensión; 3.- Con lo cual al no estar operativas las plantas DAR y al existir acopio de material estéril se daña o al menos se amenaza el medio ambiente; 4.- Emanado de lo anterior y de cualquier otro hecho se

han visto dañados o al menos amenazados los recursos hídricos, en especial los glaciares de la zona.

6º) A modo preliminar es necesario tener presente un supuesto práctico, trascendental, sobre el cual estos jurisdicentes han de arribar las conclusiones en mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esto es, que la actividad del Proyecto Pascua Lama, cuyo titular es la empresa recurrida Minera Nevada, se rige en su totalidad por la RCA respectiva, siendo esta resolución el marco de acción, prescribiendo y encausando el actuar de la empresa bajo cánones y exigencias, siendo a su vez, la norma medioambiental referida, el resguardo institucional que brinda el Estado de Chile a fin de cautelar el medio ambiente y cualquier otro bien jurídico vinculado a la primera garantía mencionada. En suma, la RCA de rigor es la norma a la que se debe someter en todo momento la firma recurrida en cuestión y cuya contrariedad habrá de significar un alejamiento de su parte al derecho vigente en la especie y con ello una amenaza de daño ambiental, el que precisamente ha de ser la preocupación de esta magistratura en virtud de sus facultades tutelares y conservadoras conferidas por el constituyente.

En este mismo sentido, la doctrina sobre la materia ha señalado "... En consecuencia se trata de un acto esencialmente condicionado y revisable, si es que cambian las condiciones tenidas en consideración durante el proceso de evaluación. Si las condiciones se mantienen y existe un cumplimiento irrestricto de las medidas, cualquier modificación de la RCA podría ser calificada de arbitraria e ilegal..." (Derecho Ambiental Chileno, Parte General, Eduardo Astorga Jorquera, Editorial Legal Publishing Chile, pág. 231). A mayor abundamiento, se ha señalado: "... Se trata de un acto administrativo sujeto a modalidad. La calificación ambiental de un proyecto o actividad puede ser condicionada, es decir, sujeta a modalidad, cuando en ella se fijen condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad. El incumplimiento de tales condiciones constituye una infracción administrativa..." (Fundamentos de Derecho Ambiental, Jorge Bermúdez Soto, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pág. 208).

7º) Así las cosas, la RCA dentro de lo que nos interesa, se preocupa y regula los eventuales efectos de material particulado sobre los recursos

hídricos y en especial sobre los glaciares y glaciaretos que existen en la zona, lo que consta en los considerandos 4.4.3 literal b, 4.4.8, y 7.1 letra g, indicando que se pueden ver alterados los recursos señalados por material particulado y en especial el albedo de los cuerpos de hielo.

Del mérito de los antecedentes recopilados, es posible colegir indubitablemente, que en la especie existe una “amenaza” seria a los recursos hídricos. En efecto, de los documentos allegados a esta acción extraordinaria, tanto por los diversos interesados, como asimismo en virtud de las prerrogativas inquisitivas que detenta esta judicatura, como acaece con el Ordinario N° 433 de la Dirección General de Aguas, en adelante DGA, en el que se consignan una serie de deficiencias en la medición de los glaciares en el contexto del Plan de Monitoreo respectivo, lo que se tradujo en incumplimiento en la ejecución del referido plan e inobservancia en la implementación de las medidas de mitigación y control de material particulado contenidas en la RCA, según se desprende esto último, de lo informado a fojas 336 y siguientes por el órgano sectorial pertinente. Lo anterior, a su vez, generó un proceso sancionatorio por parte de la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama, cuyo castigo fue impuesto mediante resolución N° 47 del 25 de febrero de 2013, por incumplimiento a las condiciones establecidas en la RCA respectiva.

A lo reseñado ha de añadirse los reiterados reproches que denunció y constató la DGA mediante sus Ordinarios N° 499, y 451 en los que se consignan el precario registro fotográfico de los glaciares, no pudiendo verificar sus condiciones reales, sumado a la no implementación de diversos sistemas de medición atmosféricos y de viento. Lo que por su parte no es baladí, toda vez, que aquellas exigencias se encuentran contempladas en la RCA de rigor, teniendo relevancia por cuanto permiten hacer un seguimiento específico a los elementos naturales que se tutelan.

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 a los recursos hídricos del lugar, según

preceptúa la RCA, ello no obstante comprobarse en aquel proceso incumplimientos graves al Plan de Monitoreos 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 compromiso de la misma con la norma ambiental que gobierna y coacciona su actuar.

8º) Adiciona a lo anterior, el proceso incoado por la referida Comisión de Evaluación Ambiental que finaliza con sanción a la empresa Nevada SpA mediante resolución N° 87, de 5 de abril del presente, en la cual se tuvieron en consideración los incumplimientos denunciados por la DGA a través de diversos ordinarios. En efecto, de los instrumentos fundantes del proceso administrativo en cuestión, es posible reafirmar la convicción de esta Corte en orden a la inobservancia reiterada a la RCA de rigor, con ocasión de la carencia de información o simplemente la omisión en proporcionarla, toda vez, que de los antecedentes se evidencia por parte de la titular del Plan de Monitoreo de Glaciares un retraso de hasta tres meses en la entrega de la documentación requerida; deficiencias en la medición de balance de energía invierno en diversos períodos; no realizar el seguimiento del albedo de los glaciares; falta de datos meteorológicos, entre otras contravenciones consignadas.

Estas omisiones, descuidos y distracciones constituyen irrefutablemente un reiterado quebrantamiento a la RCA, que como se ha dicho, impone al titular la obligación periódica de brindar la información necesaria en aras a pesquisar la situación de los recursos naturales comprometidos con el proyecto, de modo que esta magistratura, al igual que las entidades ambientales involucradas con ocasión de la investigación aludida estima que los descargos de la entidad minera no son atendibles, atendido que es su deber prevalecerse de los medios y mecanismos suficientes para realizar las mediciones a las que se obligó con ocasión de la dictación de la RCA, cuyo conocimiento y alcance ha estado siempre presente y de manifiesto hacia la empresa en comento.

Sin perjuicio de lo anterior, destaca entre las probanzas tenidas a la vista por la autoridad ambiental, como asimismo por este Tribunal de

Alzada, el Ordinario N° 770 de la DGA, cuya data es del 11 de diciembre de 2012, allegado a este cuaderno a fojas 322 y siguientes, en virtud del cual el órgano sectorial mencionado, es categórico en afirmar que producto de la falta de cuidado y por ende del incumplimiento a los estándares de la RCA N° 24/2006, tantas veces señalada, Minera Nevada Spa ha incurrido en deficiencias en la implementación de las medidas de mitigación y control de material particulado, derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, advirtiendo que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantienen una capa de material particulado de algunos centímetros de espesor, lo que a su vez, según la RCA se traduce en una eventual afectación a aquellos recursos naturales y en consecuencia en un riesgo de daño ambiental que debe cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional.

Abunda en la seriedad de la amenaza a la integridad de los glaciares producto del material particulado, el hecho de que esta es una situación repetida en el tiempo y en caso alguno obedece a un hecho puntual, tornándose una obligación de la judicatura conservadora adoptar alguna medida de protección al respecto.

Lo anterior, no obstante consignarse una serie bastante extensa, en el referido ordinario, de incumplimientos en entrega de información, aplicación del Plan de Monitoreo de Glaciares, falta de registros meteorológicos, mediciones de nubosidad y altura de nieve entre otras cuestiones que ameritan la atención de esta sede judicial, a la luz de la normativa cautelar aplicable en el caso de marras.

9°) Que en consonancia con lo asentando previamente, cabe dejar anotado que el concepto de conservación del patrimonio ambiental, tal como lo previene el artículo 2° literal b) de la Ley N° 19.300, posibilita “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”. Es decir, se exige un uso racional de los elementos del medio ambiente dentro de los parámetros de un “desarrollo sustentable”.

Este último concepto, no puede obviarse tratándose el proyecto Pascua-Lama de una obra binacional (chileno-argentino), cuyas actividades están asociadas, en el área de operaciones, y por ende, se llevan a cabo dentro del marco legal de las disposiciones del Tratado Minero, de un Protocolo Complementario, Protocolo Adicional Específico y de la legislación interna de ambos países. En este contexto, una obra de estas dimensiones, tiene enormes implicancias en la economía y desarrollo de la Región de Atacama y del país, no obstante, el desarrollo social ínsito en el desarrollo sostenible exige también que este tema sea tratado globalmente y que una política ambiental basada en una visión global de los problemas es absolutamente necesaria para encarar el reto del progreso sostenible. Este aspecto es abordado por autores extranjeros como Demetrio Loperena Rota, en su obra “Desarrollo Sostenible y Globalización”, Colección Divulgación Jurídica, Thomson Aranzadi, Madrid, año 2003, 173 págs., expresando que hay tres pilares sobre los que se asienta el desarrollo sostenible: a) el desarrollo económico sostenible; b) el desarrollo social, y c) la protección ambiental. En este contexto el desarrollo social, en una propuesta de mínimos e indiscutible, que comprende la satisfacción universalizada de seis necesidades: 1) seguridad-libertad; 2) alimentos-agua potable; 3) vivienda; 4) asistencia sanitaria; 5) educación; 6) democracia-participación, mientras que el medio ambiente es el elemento fundamental a preservar a fin de respetar la dignidad y derecho de las futuras generaciones a satisfacer sus propias necesidades.

En resumen, como se afirma en el “Informe de la Comisión Brundtland: Nuestro Futuro Común”, de 27 de septiembre de 2006, “...el desarrollo sustentable o sostenible debe ser satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades...”. Sobre el particular, el libro “Nuestro Futuro Común” -nombre original del Informe Brundtland- fue el primer intento de eliminar la confrontación entre “desarrollo” y “sostenibilidad”. Presentado en 1987 por la “Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo” de la Organización de las Naciones Unidas, encabezada por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland trabajó analizando la situación del mundo en ese momento y demostró que el camino que la sociedad global había tomado estaba destruyendo el ambiente por un lado y dejando a cada vez más gente en la pobreza y la vulnerabilidad. El propósito de este informe fue encontrar medios prácticos

para revertir los problemas ambientales y de desarrollo del mundo y para lograrlo destinaron tres años a audiencias públicas y recibieron más de quinientos comentarios escritos, que fueron analizados por científicos y políticos provenientes de veintiún países y distintas ideologías. Como indica el libro, el trabajo de tantas personas con historia y culturas diferentes hizo que fuera necesario fortalecer el diálogo, por lo cual el resultado es más de lo que cualquiera de ellos hubiera conseguido individualmente. Dicho documento postuló principalmente que la protección ambiental había dejado de ser una tarea nacional o regional para convertirse en un problema global. Todo el planeta debía trabajar para revertir la degradación actual. También señaló que debíamos dejar de ver al desarrollo y al ambiente como si fueran cuestiones separadas. El Informe dice que “...ambos son inseparables...”. Por último señala que el desarrollo dejaba de ser un problema exclusivo de los países que no lo tenían. Ya no se trataba de que los “pobres” siguieran el camino de los “ricos”. Como la degradación ambiental es consecuencia tanto de la pobreza como de la industrialización, ambos debían buscar un nuevo camino. La importancia de este documento no sólo reside en el hecho de lanzar el concepto de “desarrollo sostenible o sustentable”, definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones, sino que este fue incorporado a todos los programas de la ONU y sirvió de eje, por ejemplo, a la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Excmo. Corte Suprema de Justicia recoge tal progresista y necesaria noción en laudo de 2 de mayo de 2013, recaído en rol Nº 3918-2012, sobre reclamo de ilegalidad deducido en contra de la Municipalidad de Concón, específicamente en sus basamento décimo quinto y décimo sexto. Al efecto, el más alto Tribunal de la República nos expresa: “... Es decir, se exige un uso racional de los elementos del medio ambiente dentro de los parámetros de un desarrollo sustentable”, agregándose: “... Que en armonía con lo anterior surge el principio preventivo que informa la normativa ambiental. En tal perspectiva, cuando una actividad económica represente riesgos para el medio ambiente, aun cuando no exista certeza de los mismos, deben adoptarse las medidas que permitan resguardar el ambiente, pues su degradación afecta a toda la comunidad al impactar en el medio y la calidad de vida en la cual todos compartimos y nos desarrollamos...”.

Sin embargo, son diversos los fallos que acopian este concepto de “desarrollo sustentable o sostenible”, tanto emitidos por la Excmo. Corte Suprema de Justicia, como por el Tribunal Constitucional de Chile, dejando asentado a modo de ejemplo las sentencias de 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996, SCS; 25 de octubre de 2000, Rol N° 1.902-2000, SCS; 23 de enero de 2013, Rol N° 2.386-12,TC, entre otros dictámenes, lo que demuestra su plena vigencia y aplicación al caso en análisis y resolución.

10°) Que resultó gravitante para la convicción de estos falladores el antecedente que rola a fojas 107, consistente en la Resolución N° 3765 de fecha 31 de octubre de 2012, emitida por el Servicio Nacional Geología y Minería, en adelante SERNAGEOMIN, en mérito de la cual se dispuso el cierre total temporal de las operaciones de perforación y tronadura, prestripping –entendido esto último como el desmonte o incisión de la cabeza del cerro para extraer el mineral– y vaciado en botadero de estériles respecto de la empresa Nevada SpA. Aquel instrumento recoge desde el ámbito de su competencia, las faltas consignadas por la DGA, indicando que derivado de las labores realizadas en la zona del Proyecto Pascua Lama se ha provocado un exceso de material fino en suspensión.

Relacionado con este punto el documento rolante a fojas 30 del cuaderno N° 1 de documentos, a propósito de la Minuta DCPRH N° 14, de ...4 de julio de 2012, evacuado por la DGA, se consiga que el material particulado sobre los glaciares de acuerdo al estándar “Mattson et al, 1993” una capa de 1 mm de polvo en un glaciar podría reducir el albedo traduciéndose en un aumento de la tasa de derretimiento del hielo hasta en un 15% y una capa de aproximadamente 10 mm de espesor puede acrecentar hasta el doble la tasa de derretimiento.

Asimismo, mediante la inspección personal realizada por este Tribunal de Alzada, con fecha 1 de julio del año en curso, que rola desde fojas 681 a 687, se pudo constatar en terreno que existe una amenaza a los recursos hídricos que debe ser subsanada, ya que como lo exige la Ley N° 19.300, todo proyecto debe ejecutar su plan de seguimiento para verificar que las variables ambientales evaluadas se haya comportado en la forma prevista, permitiendo en el caso contrario, revisar la RCA mediante el procedimiento administrativo contemplado en el artículo 25 quinquies de la misma ley. Al respecto la doctrina nacional ha señalado: “... La calificación de la RCA como una autorización de funcionamiento, enfatiza que con su

otorgamiento, no se agota el vínculo entre la autoridad administrativa (ambiental) y el solicitante, perdurando este último por un período indeterminado de tiempo. Lo anterior, responde a la realidad de que la RCA se otorga en consideración a una situación de hecho concreta que es evaluada sobre la base de la normativa ambiental aplicable. De esta manera, y si durante el desarrollo del proyecto o actividad determinado llegaren a cambiar los supuestos de hecho que sirvieron de base para la RCA, puede llegar a configurarse un genuino problema de validez respecto del acto administrativo en cuestión, pero además justifica los poderes de revisión permanente de la administración como lo ha permitido la jurisprudencia administrativa y ha confirmado la reciente reforma a la institucionalidad ambiental (hace referencia al 25 quinquies de la Ley N° 19.300) ...” (“Lecciones de Derecho Administrativo”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Luis Cordero Vega, pág. 228).

Lo anterior, incluso fue reconocido por la Contraloría General de la República, en los dictámenes N° 20.477 y 34.021 ambos del 2003, antes de la existencia del referido artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 al dictaminar que en caso que las variables ambientales relevantes que dieron origen al Estudio de Impacto Ambiental no evolucionen según lo establecido en la documentación que forma parte de la evaluación respectiva, se encuentra, la autoridad, en el deber de adecuar la resolución de que se trate.

En este mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema de justicia, con data 4 de abril de 2012, en causa rol de ingreso N° 10.220-2011, parte final del basamento 23°, se pronunció señalando que: “...Por último, si producto de dichos estudios aparece que las variables evaluadas variaron sustantivamente en relación a lo proyectado, la resolución puede ser revisada, según lo permite el artículo 25 quinquies citado ...”. Por tanto, a juicio de estos sentenciadores, la falta de implementación del Plan de Monitoreo de Glaciares, así como de cualquier otro antecedente que la compañía debía proporcionar a las autoridades ambientales con los fines antes señalados, se traduce en una “amenaza” cierta y actual que debe ser subsanada, toda vez que el proyecto contempla medidas administrativas especiales para mitigar el impacto sobre los glaciares cuya eficacia solo es verificada mediante la implementación del plan de seguimiento.

Lo anterior, no puede sino a la luz de las reglas de la sana crítica y en consonancia con el resto de los antecedentes valorados, que en la especie, producto tanto de la desprolijidad de la empresa recurrida como de su desidia en el cumplimiento de los diversos estándares reprochados, ha significado a la postre un seria amenaza a la salud de las personas, como también a la integridad del medio ambiente, en particular al estado de los cuerpos de hielo, amenaza que ha de ser subsanada por esta autoridad en amparo y guarda de sus facultades conservadoras y cautelares.

11°) Que en lo que respecta a la falta de infraestructura para tratar las aguas del lugar y evitar el contacto con los estériles producidos por la actividad de la Compañía Minera denunciada, resultan ilustrativos y contundentes los antecedentes públicos y de conocimiento general, que ocurrieron con motivo del proceso sancionatorio incoado por la Superintendencia del Medio Ambiente. En efecto, del mérito de la indagación llevada a cabo por esta institución inspectora, tanto a propósito de las visitas de fiscalización, medidas provisionales, cargos y finalmente sanción aplicada a la recurrida de autos, es posible determinar que en la especie se ha transgredido la normativa ambiental contenida en la resolución pertinente.

Así las cosas, ha sido posible comprender que los hechos avisados, relativos al tratamiento de las aguas son ciertos, por cuanto desde los albores del procedimiento administrativo en cuestión, han quedado en evidencia diversas situaciones que merecen la vigilancia de esta Corte. Al efecto, se ha constatado, en lo que interesa, las siguientes irregularidades que afectan los recursos hídricos de la zona: 1.- Construcción de aliviaderos en el Canal Perimetral Norte inferior, sin contar con la autorización de rigor ni estar contemplado en la regla medioambiental; 2.- Afectación a una vega en una superficie de 1.378 m²; 3.- No encontrarse construida con todos sus componentes fundamentales la Planta de Agua DAR, en especial lo relativo a la planta de tratamiento secundario o alternativo; 4.- Descargas no autorizadas al río Estrecho desde la Planta de Tratamiento DAR; 5.- Evaluación de niveles de minerales en las aguas con estándares más permisivos, etc..

De este modo, de la simple lectura de los antecedentes administrativos comprendidos en las diversas actuaciones y etapas del mismo, se establece la existencia no sólo de las faltas denunciadas por el

libelo proteccional de autos, sino que, además la evidencia da cuenta de una serie hechos que también ameritan una respuesta tutelar.

Las situaciones investigadas y constatadas por la autoridad fiscalizadora competente resultan preocupantes, ya que involucran, además de no cumplir con la normativa que regula esta actividad - por cuanto las obras relativas al tratamiento de las aguas deben estar operativas en su totalidad al inicio de las faenas -, ello es equivalente a una “amenaza” de daño ambiental, ya que al carecer de plantas de tratamientos de aguas de contacto afinadas, el riesgo de afectar la garantía constitucional en cuestión se eleva exponencialmente, máxime si se tiene presente que la construcción de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior en un lugar no adecuado, al no ser construida al final de una extensión de dicho conducto, la construcción de obras de alivio, asociadas a las faenas de arte N°s 1 y 5 del Canal Perimetral Norte Inferior, no fueron aprobadas en la RCA, ni en el proyecto de modificación de cauce aprobado por la DGA mediante Resolución DGA N° 163, de marzo de 2008, y lo relevante radica en que las aguas conducidas por dichas obras de alivio van dirigidas al sistema de aguas de contacto, y con ello no se asegura la conductividad hidráulica del sistema de aguas de no contacto. A ello se debe añadir la carencia de la Planta de Osmosis Inversa lo que aumenta el peligro medioambiental al no existir posibilidad de tratar las aguas con presencia de minerales que supera la condición basal del proyecto. Suma a lo anterior, el funcionamiento total o parcial que la Minera Nevada SpA ha efectuado respecto de la planta de drenaje, la que no cuenta con autorización pertinente por parte de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama, según consta a fojas 516 de estos antecedentes. Por otra parte se han pesquisado aguas subterráneas con niveles de minerales más altos que los contemplados en la RCA, a lo que se debe agregar que el sistema de medición utilizado por la titular se sustentó en parámetros más permisivos que los prescritos por la RCA; conjuntamente descargas del contenido de la Planta de Drenaje Ácido al río Estrecho, sin haber sido declaradas ni menos monitoreadas de conformidad al Decreto Supremo N° 90, del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia.

Con todo, las diversas irregularidades reseñadas, consistentes en omisiones, inobservancias, construcción de obras no autorizadas, niveles de material particulado en suspensión, afectación al albedo de los cuerpos de

hielo, -entre otras-, de conformidad a las ya mencionadas reglas de la sana crítica, y teniendo en especial consideración que los sucesos descritos han sido verificados por diferentes servicios públicos, técnicos y especialistas en las diversas materias, en el ejercicio de sus funciones, arribándose siempre a la misma conjetura, esto es, una incuestionable y directa infracción a la RCA respectiva, lleva a reflexionar y concluirse que, acorde a las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y de los conocimientos técnicos y científicamente afianzados, tal escenario fáctico no puede sino significar una amenaza al medio ambiente y a la salud de las personas, situación que debe cesar, por lo que la presente acción constitucional respecto de la Compañía Minera Nevada SpA será acogida.

12°) Que la empresa recurrida, al momento de evacuar su informe alegó diversas defensas, desde que esta no es la sede en que ha de discutirse este tipo de asuntos, por su carácter técnico y al existir un sistema ambiental especial para ello, hasta negar tajantemente cualquier incumplimiento en el sistema de manejo de aguas y afectación de éstas, lo anterior avalado principalmente en estudios técnicos y científicos que concluyen básicamente que cualquier detrimiento obedece a consideraciones externas a la actividad que se despliega en la zona, lo que estaría avalado por estudios y auditorias que refrendarían el aserto de contar con todos los mecanismos de tratamientos de aguas y demás recursos hídricos en cumplimiento cabal de la RCA.

Pues bien, tales argumentaciones a la luz de los antecedentes estudiados y ponderados no resultan atendibles, por cuando de la abundante y disímil documentación emanada de los distintos órganos administrativos inmiscuidos en la fiscalización de estas materias, es posible discernir que en el caso de marras efectivamente han existido conductas y situaciones que dan cuenta de una “amenaza” de contaminación al medio ambiente, en particular a las aguas, glaciares y glaciaretos del lugar. Es innegable que el alto número de hechos, actos y omisiones constitutivos de infracción a la RCA, los que han sido debidamente sancionadas por la Superintendencia del Medio Ambiente -como órgano eminentemente técnico y fiscalizador idóneo- como consta en el expediente sancionatorio público, constituyen un inminente peligro de contaminación de las aguas del río Estrecho y de la cuenca del río Huasco, dado que es el propio titular del proyecto el que durante el procedimiento administrativo de evaluación identificó sus

potenciales impactos proponiendo medidas para mitigarlos, incumpliendo éstas últimas, generando un riesgo de detrimento al medio ambiente.

Con este escenario fáctico jurídico se cumplen los cabalmente presupuestos del artículo 20 de la Carta Fundamental, esto es, estar frente tanto, a actos como a omisiones -todas ya descritas-, surgidas con ocasión del grave y reiterado incumplimiento por parte de la empresa recurrente a la normativa medioambiental vigente, entiéndase principalmente la RCA respectiva, como asimismo de las diversas instrucciones previas que ordenó la Superintendencia del Medio Ambiente en los prolegómenos de su actividad fiscalizadora hasta la formulación de cargos y su consiguiente sanción que finalmente le impuso a la Minera Nevada SpA, lo que redunda en una conducta ilegal por parte de la recurrente en cuestión, esto es, su distanciamiento manifiesto al ordenamiento medioambiental.

A mayor abundamiento y tal como se asentó al inicio de esta motivación, los reproches que se efectuaron a Nevada SpA, refutados por ella en principio, no es menos cierto que con el devenir del proceso incoado ante la Superintendencia de Medio Ambiente, fue la misma indagada y recurrente quien aceptó los cargos que se le formularon, reconociendo así su omisión en el cumplimiento de los estándares establecidos a su actividad minera desde la perspectiva ambiental, y en lo que nos interesa especialmente, el asumir por parte de la empresa denunciada los hechos que se le imputan por los diversos recurrentes.

13°) Así, la falta de prolijidad en el cumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental respectiva, a la luz de los antecedentes analizados, se erige como una actitud normal por parte de la recurrente Minera Nevada SpA, toda vez, que tanto de los documentos de los órganos sectoriales, como asimismo, de lo informado por la Superintendencia del Medio Ambiente, se colige una postura contumaz por parte de la empresa en cuestión, en orden a entregar la información requerida, realizar los trabajos de mitigación establecidos y aplicar los planes de control preceptuados, sin perjuicio de la ulterior aceptación de cargos que hiciera ante la Superintendencia respectiva. Todo lo cual implica a la postre, al menos, una “amenaza” seria a los recursos hídricos comprometidos en el sector, por cuanto, se entiende por esta Corte, que la Resolución de Calificación Ambiental, tiene su telos, precisamente en la salvaguarda del bien jurídico indicado, de lo contrario, se llegaría al absurdo de sostener

que las disposiciones e imperativos contenidos en el acto administrativo rector, son de un contenido inocuo o irrelevante en razón del ecosistema y lo que ello abarca, por el contrariar la mentada RCA ha de significar una ilegalidad manifiesta de parte de la recurrida en cuestión, en cuanto con sus actos y omisiones se aleja de lo preceptuado por las reglas que norman su actividad.

De esta manera lo razonado previamente significa, al menos, una grave y seria “amenaza” al bien jurídico que se tutela, esto es, la preservación de la naturaleza, abarcando no sólo problemas que afectaren al bienestar del individuo, sino la vida misma de los seres humanos, y por cierto, no sólo de una comunidad concreta de hombres y especies presentes, sino que de generaciones futuras que reprocharán la falta de cuidado de sus antepasados. Así si se contamina o se amenaza con aquello, se destruye la naturaleza, con lo cual, se agotan los recursos renovables y el ecosistema pierde su capacidad de regenerarse o de cumplir sus funciones principales en los procesos biofísicos, por lo que el presente arbitrio constitucional deberá ser acogido en este sentido, según se señalará en lo resolutivo de este fallo, velándose por esta Corte garantizar lo que se ha denominado como “desarrollo sustentable”, según ya latamente se ha expuesto.

14°) En lo referente a la contaminación de las aguas propiamente tal, concierne señalar que es la propia Ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente, en su artículo 2° letra c), la que define “contaminación” como: “...la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente...”. Asimismo, el mismo artículo define las normas primarias y secundarias de calidad ambiental como aquellas que establecen los valores de un contaminante en el ambiente, cuya presencia o carencia pueda constituir un riesgo para la vida, la salud de la población, la protección o conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza. Al respecto, cabe mencionar que no existe una norma de calidad de aguas (legislación vigente) para el río Estrecho y la Cuenca del río Huasco, por lo que no es posible hablar de contaminación sin acreditar un riesgo cierto para la vida, la salud de la población, la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza. En este sentido, el Tribunal Constitucional se pronunció en requerimiento de inconstitucionalidad rol

N° 577-2006 señalando: “... mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante...”. De acuerdo a lo recién ilustrado, a juicio de estos sentenciadores, no consta en el expediente del presente recurso, ni en el de los distintos procedimientos administrativos que se tuvo a la vista, el hecho de haberse constatado la presencia de algún contaminante que afecte los objetivos de protección fijados por la Ley N° 19.300 antes aludidos. Sin perjuicio de lo anterior, y tal como ya se ha señalado, existe una “amenaza” cierta que debe ser amparada por el presente fallo según se señalará en la parte resolutiva, toda vez que el titular ha presentado ante la autoridad ambiental una modificación en la metodología de cálculo de los niveles de alerta argumentando cambios en la línea de base del proyecto, los que naturalmente no han permitido cumplir con los estándares fijados en la RCA. No obstante, se desechará el requerimiento de los recurrentes expuesto en libelo denunciante y en los alegatos efectuados ante esta Corte, dirigidos a obtener mediante esta vía constitucional la paralización indefinida y definitiva del proyecto Pascua Lama, por no encontrar tal solicitud asidero fáctico y jurídico, según ha quedado extensamente demostrado en este veredicto.

15°) Por otra parte, en lo tocante a la recurrida Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, en primer término es necesario tener en cuenta que efectivamente respecto del proyecto minero en cuestión no se efectuó consulta alguna indígena durante su evaluación ambiental, lo que se explica atendido la data de evaluación de la obra, en que no existía el deber de hacer una consulta especial indígena en los términos alegados por los recurrentes, toda vez, que en el Convenio N° 169 de la OIT, sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, comenzó a regir a partir del 15 de septiembre de 2009, esto es, después de que el proceso inicial del proyecto en estudio se inició, de forma que la

acción cautelar intentada no resulta extemporánea, correspondiendo desechar este capítulo del reclamo.

Clarificado este apartado del recurso, debemos acogernos ahora, a las facultades y obligaciones que detenta aquel estamento recurrido, aspecto que se encuentra regulado en virtud de las leyes N° 20.417 y N° 20.473. Del tenor literal de estos cuerpos legales, es posible distinguir que las funciones de fiscalización, durante la etapa previa a la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad ambiental, corresponden a los órganos sectoriales involucrados en el proceso de calificación ambiental, mientras que las eventuales sanciones con ocasión de incumplimientos a la normativa vigente descansa en las respectivas Comisiones Ambientales.

Que a la luz de lo anterior y atendido lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República de Chile, es posible colegir que la autoridad ambiental reclamada ha actuado de conformidad a la ley, toda vez, que presentada alguna observación por parte de las entidades fiscalizadoras la Comisión de Evaluación ha procedido en el ámbito de sus facultades a incoar los procesos de sanción respectivos, estándose vedado el asumir labores de fiscalización, como lo reprocha la parte recurrente.

Del mérito de estos antecedentes se advierten al menos siete procesos sancionatorios, por lo que no es atendible imputar las pretensiones que en el arbitrio constitucional se efectúan a su respecto.

Por el contrario se puede constatar que han mantenido una actitud llana ante los reclamos presentados con la intención de averiguar eventuales responsabilidades ambientales, y en su caso la aplicación de las sanciones que la ley les franquea, por lo que respecto de esta co recurrida el presente arbitrio no podrá prosperar.

En cuanto al principio de prevención y providencias cautelares que pudiera haber adoptado la Comisión de Evaluación Ambiental, esta Corte entiende que al tratarse de una sede administrativa –sancionatoria, aspectos providenciales como el que se menciona son de carácter restrictivo y de ultima ratio, habida consideración que el procedimiento administrativo busca precisamente determinar si existen infracciones a la normativa medioambiental, lo que supone contener de manera más lata y extensa reglas del debido proceso con todo lo que ello implica, vale decir, la existencia de cargos y descargos, con posibilidad de rendición de pruebas,

en un proceso que se prolonga en el tiempo y con ello resulta difícil adoptar medidas previas como las reclamadas por los recurrentes, ya que aquellas por su esencia suponen de cierta manera alterar las referidas reglas del debido proceso y carácter de lato conocimiento que detentan los procesos administrativos, a diferencia de lo que acontece en sede jurisdiccional, en particular en materia de tutela de derechos fundamentales, como es el caso de la acción de protección que nos ocupa, la cual inspirada en las prerrogativas conservadoras de los tribunales de la República, por lo que resulta, tanto factible como esperable respuestas cautelares previas, como es el caso de la orden de no innovar decretada en esta causa con motivo de los antecedentes tenidos a la vista en virtud de los cuales se avizoraba una conculcación a los derechos de las personas en razón de verse afectado el medio ambiente y con ello la vida.

En el mismo orden de ideas, cabe destacar la correcta labor demostrada por la Superintendencia del Medio Ambiente, quien acorde a la evidencia que existe en esta acción constitucional ha promovido y ejecutado el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental de su competencia a través de la fiscalización, asistencia al cumplimiento, sanciones disuasivas, y la entrega de información ambiental a la comunidad y a esta magistratura sobre la materia, constituyéndose en consecuencia, como garante técnico de que la empresa minera recurrida no quebrante sus compromisos medioambientales dentro del contexto del proyecto que nos ha convocado, tramitando un procedimiento administrativo en plazos coherentes a la necesidad de acreditar los graves hechos descritos, a las medidas urgentes y transitorias legalmente adoptadas y al principio preventivo que funda la legislación ambiental chilena.

Por estas consideraciones y lo previsto en los artículos 19 N° 1 y 8, 20 de la Carta Fundamental y Auto Acordado de la Excmo. Corte Suprema sobre la materia, se declara que:

I.- SE ACOGE el recurso de protección interpuesto en lo principal de fojas 77, en cuanto se dirige en contra de Minera Nevada SpA y sólo en lo atingente a las siguientes medidas que se decretan.

En consecuencia, se ordena que la aludida compañía recurrida deberá:

1.- Mantener paralizada la construcción del proyecto minero en cuestión 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 medioambiental.

2.- Solicitar el recurrido, dentro del plazo de 15 días hábiles contado de la notificación de la presente resolución, el inicio del procedimiento administrativo de revisión de la RCA, para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas del proyecto ha variado sustancialmente, y por ende, corresponde adoptar las medidas administrativas necesarias para corregir dicha situación. En el evento que la autoridad competente, determine la ausencia de una modificación de las variables ambientales y la improcedencia de una revisión a la RCA, se requerirá por esta Corte a la Superintendencia del Medio Ambiente iniciar un proceso de investigación respecto a los referidos hechos y los efectos que pudieren provocar.

3.- Presentar toda la información relativa al plan de seguimiento y monitoreo de glaciares y glaciaretos ante la Superintendencia del Medio Ambiente a fin de que ésta fiscalice y monitoree el cabal cumplimiento de la ley ambiental, sin perjuicio de que incoe los procedimientos administrativos correspondientes.

II.- Con el objeto de velar por el integro y adecuado cumplimiento de lo decretado precedentemente, la Superintendencia del Medio Ambiente deberá implementar y ejecutar, a lo menos semestralmente, actividades de fiscalización al proyecto, en especial, a las obras relacionadas con los recursos hídricos afectados por su realización.

III.- SE RECHAZA el arbitrio constitucional impetrado, respecto de la Comisión de Evaluación Ambiental.

IV.- Se exime del pago de las costas a los intervenientes, por haber existido motivo plausible para litigar por parte de todos ellos.

Redactó el Ministro Antonio Mauricio Ulloa Márquez.

Regístrate, ofíciase en su oportunidad a la Superintendencia del Medio Ambiente y a la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, y archívese si no es apelado.

N° Civil-300-2012.