

Santiago, trece de enero de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

En estos autos Rol N°8573-2019, sobre procedimiento de reclamo al tenor artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca (en adelante AIASIQ), Compañía Minera Cerro Colorado (CMCC) y el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), entablaron recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de ocho de febrero de dos mil diecinueve, dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, que rechazó la reclamación de la AIASIQ y acogió parcialmente la acción del actor Luis Jara Alarcón, disponiendo la anulación parcial de la Resolución Exenta N°1317/2016 y, consecuentemente, de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N°69/2015, que aprobó el "Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado", cuya titular es CMCC, sólo en la parte relativa a las medidas y condiciones establecidas para hacerse cargo del impacto ambiental del proyecto en los tiempos de recuperación del acuífero Pampa Lagunillas y el bofedal del mismo nombre que éste sustenta, respetando los plazos máximos de recuperación que se derivan de la aplicación de la Resolución Exenta N°67/2011, esto es, al año 2050 en el Pozo LA-2, quedando subsistente en todo lo demás la citada RCA N°69/2015. Para dichos efectos, se ordena contemplar los escenarios de cambio climático. Finalmente, se resuelve que el procedimiento se

retrotraerá sólo para este aspecto a nivel del segundo ICSARA y, luego, se continuará con el mismo; la resolución resultante complementará la RCA en la parte pertinente y el titular deberá ajustar su operación a las nuevas condiciones, normas y medidas que contenga.

**I.- Antecedentes relevantes de la etapa administrativa.**

1. Por RCA N°22/1997 dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Tarapacá, se calificó ambientalmente de manera favorable el "Proyecto Expansión Cerro Colorado", de la titular CMCC referido a una faena minera de extracción de cobre, que se encontraba en funcionamiento desde 1992 y que, conforme a dicho acto administrativo, está compuesta de dos áreas que son Mina/Planta y Pampa Lagunillas.

2. Por RCA N°102/2002 dictada por el señalado órgano, se aprueba ambientalmente de manera favorable el proyecto "Mejoramiento de Eficiencia Strech Plan", de la misma titular, consistente en el aumento de procesamiento del mineral, con el propósito de aumentar la producción. En dicha RCA se contempla un aumento en la extracción de aguas subterráneas de 118 a 150 litros por segundo y el compromiso de la empresa de reponer el caudal faltante de la Laguna Lagunilla, manteniéndola en 5.000 metros cuadrados, para cuyo efecto se utilizará el agua extraída desde un nuevo pozo, construido en un sector cercano al

bofedal. Finalmente, se contempla como fecha de cierre, el año 2016.

3. Por Resolución Exenta N°067/2011, de fecha 7 de julio de 2011, la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá modificó la RCA N°22/1997, teniendo para ello presente que, con fecha 14 de febrero de 2006, se aplicaron multas a la titular por no dar cumplimiento al plan de seguimiento previsto en las Resoluciones de Calificación Ambiental, no informar la ocurrencia de impactos ambientales no previstos y no implementar oportunamente medidas de mitigación.

Expresa este acto administrativo que se inició el año 2007 un procedimiento destinado a determinar si las variables ambientales relacionadas con el bofedal Lagunillas se habían comportado conforme a lo previsto o si corresponde su corrección. De este proceso, se advirtió un descenso de las aguas subterráneas mayor a lo previsto, concluyéndose que los niveles de aguas no se comportaron según se estableció en la evaluación, lo cual derivó en una afectación en la cantidad y calidad de la vegetación de la zona alta del bofedal.

En razón de lo anterior, se dispone, en lo pertinente:

1. un régimen de extracción de 150 litros por segundo en total, esto es, 50 litros por segundo de cada uno de los 3 pozos, entre enero 2009 a fines del año 2016, debiendo cumplirse con un plan de seguimiento y 2. la mantención de

la humectación del componente vegetacional del sistema y la mantención del flujo superficial.

4. Por RCA N°69/2015, se califica ambientalmente de manera favorable el "Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado", que implica, precisamente, continuar con la actual operación de la mina y sus instalaciones, hasta el año 2023, sin modificar el proceso y manteniendo el nivel de producción. Considera una extracción de aguas de 135 litros por segundo, desde el campo de pozos ubicado en Pampa Lagunillas, tanto para la producción como para el sistema de recarga artificial del bofedal Lagunillas, hasta el año 2023. Afirma la titular que, a esa fecha, extrae solamente 138 litros por segundo desde 2 pozos.

En el marco de este procedimiento administrativo, se abrió un Procedimiento de Consulta Indígena (PCI) el 19 de diciembre de 2013, que tuvo una duración de 2 años y en el cual no participó la AIASIQ.

Por otro lado, en el Proceso de Participación Ciudadana (PAC), participó Luis Jara Alarcón y formuló una observación, asegurando que el bofedal Lagunillas ha sufrido daño ambiental y continúa experimentándolo por la extracción de aguas subterráneas por parte de CMCC, lo que se verá acentuado por el Proyecto Continuidad. Menciona la pérdida de especies y descenso de los niveles de agua subterráneas, además de desaparición de vertientes al norte de bofedal. Todo esto se presentó con una extracción

inferior a la autorizada de 150 litros por segundo, de modo que, asevera, no se trata de una "continuidad" porque se aumentan los impactos ambientales.

La respuesta a esta observación indicó que el proyecto contempla aspectos relacionados con el desarrollo e implementación, tanto de un plan de recuperación como uno de seguimiento ambiental. En lo pertinente a esta causa, una de las medidas que se incluyen en el proyecto es cambiar el punto de extracción del agua que se utiliza en el riego del bofedal, lo cual se propone al año 2024. La RCA ordena, finalmente, que esa medida debe ser concretada en el primer año de operación (2017), para reducir los tiempos de recuperación; también se dispone que el caudal autorizado a extraer ya no será de 150 sino que de 135 litros por segundo y, dentro de este límite, está el agua que se requiere para el riego del bofedal; finalmente, el titular se obliga a renunciar voluntariamente a la extracción de 300 litros por segundo que tiene autorizada en el Salar Lagunillas.

5. Por Resolución N°1317 de 15 de noviembre de 2016, el Comité de Ministros rechaza las reclamaciones de Luis Jara Alarcón y la AIASIQ, estimando que sus observaciones fueron debidamente consideradas. Se resuelve que las materias relativas a la dimensión antropológica fueron debidamente abordadas, puesto que hay información que permite estimar que la línea de base es suficiente,

argumento al cual se añade que la AIASIQ no participó del PCI que se abrió al efecto. Por otro lado, el proyecto contempla medidas para mantener los cursos de agua y se hace cargo del impacto hídrico, en tanto la evaluación fue condicionada a medidas que aceleran la recuperación del bofedal, concluyéndose que ellas son suficientes y adecuadas.

## **II.- Reclamación judicial**

**a) Reclamación de Luis Jara Alarcón:** afirma ser codueño del inmueble denominado Estancia Cancosa, donde se encuentra emplazada la Pampa Lagunillas, en cuyo interior se sitúa el campo de pozos y el Bofedal Lagunillas. Afirma que este último ha sufrido un daño ambiental irreparable por la extracción de aguas subterráneas que realiza la titular del proyecto, han desaparecido las vertientes que alimentaban el bofedal y, además, ha descendido en 8 metros el nivel de la napa del sector respecto a la línea de base.

Asegura que este daño ocurrió con una extracción menor a los 150 litros por segundo autorizados por la RCA original, lo cual alegó como observación y ella no fue considerada al momento de dictar la RCA N°69/2015.

Explica que, en su concepto, la empresa ha causado un daño al sistema acuífero de Pampa Lagunillas, que no tiene previsto reparar en un tiempo razonable. Ahora se prolonga la extracción por 7 años adicionales, retrasando la recuperación de los niveles a su estado natural, todo lo

cual trae consigo una vulneración a su derecho constitucional contemplado en el artículo 19 N°8 de la Carta Fundamental.

Solicita en definitiva, que se deje sin efecto la RCA o que ésta sea enmendada conforme a derecho.

**b) Reclamación de la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca:** se trata de una agrupación constituida en el año 2008, que habita el Valle de Quipisca, aguas abajo de la faena minera, a unos 60 kilómetros de la comuna de Pozo Almonte. El día 30 de octubre de 2013 formuló su observación al proyecto, alegando que las obras afectan sus aguas y medio ambiente, deterioran su calidad de vida, han sido ejecutadas sin su consentimiento, como tampoco han sido informados de lo que se ha hecho o lo que se quiere hacer. Afirman que el proyecto contó con un proceso de consulta indígena, precisamente porque se reconoció que provoca impactos significativos en estos grupos, sin embargo, la Resolución N°153 de 19 de diciembre 2013 que dio inicio al PCI no fue notificada a la asociación, quien igualmente participó pidiendo copia de la propuesta metodológica e hizo una contrapropuesta, que finalmente no prosperó por motivos presupuestarios. De este modo, la RCA no consigna ninguna respuesta a su observación.

Asegura que el proyecto afecta los recursos naturales, en cuanto al agua, patrimonio cultural, lugares y sitios

arqueológicos y ceremoniales, el humedal Lagunillas, además de emisiones de ruido, polvo y tránsito de camiones.

Reprocha que el PCI se encuentra viciado por una serie de defectos, que implicaron la utilización de medios de comunicación definidos e impuestos por el SEA; la imposición de plazos unilateralmente, sin consideración a los tiempos culturales de la asociación; falta de financiamiento; término intempestivo sin traslado o causal legal, todas razones por las cuales pide que se deje sin efecto la resolución reclamada, se anule la RCA N°69/2015 y se disponga la realización de un nuevo Proceso de Consulta Indígena, siguiendo los estándares Convenio N°169 de la OIT.

### **III.- Sentencia.**

El fallo del Segundo Tribunal Ambiental se pronuncia, en primer lugar, sobre la reclamación de Luis Jara Alarcón, reconociendo que durante la ejecución del proyecto se sancionó a la empresa por incumplimientos relacionados con la afectación del bofedal de Lagunillas, a consecuencia de la explotación de agua que efectúa la empresa, lo cual derivó en la imposición de multas.

Ello trajo consigo el inicio de un procedimiento de revisión de las Resoluciones de Calificación Ambiental, a fin de determinar si las variables ambientales relacionadas con el bofedal se comportaron conforme a lo previsto y, de este modo, adoptar las medidas correctivas. Este proceso

terminó por Resolución Exenta N°67 de 7 de julio de 2011, que decidió modificar las RCA y propuso una serie de medidas de mitigación, entre ellas la extracción de 150 litros por segundo desde 3 pozos, debiendo cumplir con un plan de seguimiento de los niveles de aguas subterráneas y de los recursos afectados por la extracción del recurso hídrico.

Añade que se ha constatado que se generaron descensos sostenidos en los niveles freáticos del acuífero Pampa Lagunillas, que provocaron la afectación del bofedal, ello llevó a la Comisión Regional del Medio Ambiente a iniciar un procedimiento sancionatorio por no dar cumplimiento a las medidas de mitigación y, a la vez, se dispuso oficiar al Consejo de Defensa del Estado para el ejercicio de acciones por daño ambiental. Por lo anterior, se inició el proceso de revisión de la RCA y se propusieron una serie de medidas para cautelar la variable ambiental niveles de agua subterránea.

En concepto de los sentenciadores, corresponde examinar si las medidas de mitigación validadas por el Comité de Ministros se hacen cargo de ese impacto, por cuanto se indica que ellas tendrían como efecto adelantar parcialmente la recuperación de los niveles freáticos, en relación con el impacto ambiental que genera el proyecto de continuidad.

Respecto de la medida HI-1 denominada "cambio de punto de extracción del agua utilizada en el riego del bofedal de lagunillas", no se encuentran evaluados los efectos concretos que traería sobre el plazo de recuperación del acuífero, la implementación de la condición de adelantarla. En otras palabras, no es posible concluir de manera categórica la efectividad de dicha medida y ello pone en tela de juicio la conclusión de la Comisión y del Comité de Ministros al calificarlas de adecuadas.

Sobre medida HI-3 de renunciar voluntariamente a los 300 litros por segundo de aguas del Salar de Lagunillas cuando la RCA se encuentre firme, no es una que mitigue directamente la extensión de los impactos, puesto que no modifica los caudales de extracción.

Por tanto, asiste la convicción de que las medidas de mitigación y condiciones que se tuvieron en consideración para aprobar el proyecto, si bien apuntan a reducir el tiempo de recuperación del acuífero, no obstan a que en los hechos se modifique lo resuelto sobre la materia en la Resolución Exenta N°67/2011 y, en efecto, el Proyecto Continuidad dilata esa recuperación para extender la vida útil de la faena minera. No se comparte la conclusión de que las medidas sean apropiadas, puesto que su sola adopción no permite establecer en qué proporción se produciría la reducción en los tiempos de recuperación.

Sobre la dictación de la RCA N°69/2015, está permitido que una resolución modifique otra anterior, pero ello constituye una vulneración de los objetivos de protección y recuperación ambiental que sirvieron de fundamento al procedimiento de revisión que termina con la Resolución N°67/2011, de modo que no podía el titular proponer algo distinto sobre la base de consideraciones económico productivas, puesto que ello configura una ilegalidad en la decisión, que sólo puede ser resuelta por la nulidad de la parte viciada.

A juicio del tribunal, la observación ciudadana relativa al impacto que tendrá el proyecto en la recuperación de los niveles de aguas subterráneas no ha sido abordada de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental, no habiéndose considerado debidamente la observación, lo que justifica acoger la reclamación.

En cuanto a la acción de la AIASIQ, el Tribunal estima que sus observaciones han sido abordadas de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental, informándose adecuadamente a la Asociación, tanto por parte de la empresa en la primera Adenda como por el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá y la Comisión de Evaluación Ambiental en la RCA N°69/2015, donde se explica en detalle y se aclaran las dudas relativas a la ubicación y permisos propios del

proyecto, además de entregar información correspondiente a los procesos de participación ciudadana y consulta indígena en los que puede ser parte.

El Comité de Ministros actuó conforme a Derecho, dado que los cuestionamientos a aspectos de legalidad en el desarrollo del Proceso de Consulta Indígena efectivamente no fueron parte de la observación ciudadana que se ha venido analizando. Sobre este último aspecto, el PCI y el PAC son instituciones distintas que, pese a una eventual superposición de materias planteadas, como ha ocurrido en el caso de autos, no pueden confundirse dadas sus particulares naturalezas, características y efectos que exigen analizar una y otra con prismas diferentes.

Añade que el criterio de 'debida consideración de las observaciones' no resulta idóneo para ser aplicado al PCI a la luz del Convenio N° 169, el cual contempla una finalidad distinta que implica que las comunidades tengan la posibilidad de influir en la decisión que, finalmente, adoptará la autoridad. Teniendo en consideración lo anterior y lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600, es ésta la vía idónea para reclamar de los eventuales vicios del PCI, pues el estándar de revisión del Tribunal podrá ampliarse a ilegalidades con un alcance distinto a la debida consideración de las observaciones. Así las cosas, resulta relevante destacar que si bien el PCI consagrado en el Reglamento del SEIA, en concordancia

con lo dispuesto en el Reglamento de la Consulta, es un mecanismo ad hoc de participación para las comunidades indígenas y, atendido que no se ha establecido un medio de impugnación especial para el mismo, constituye éste un vacío que, a la luz de una interpretación sistémica del régimen recursivo vigente, debe ser suplido con la acción residual tantas veces referida, del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600.

Por tanto, teniendo en consideración lo razonado precedentemente, debe concluirse que la AIASIQ no podía impugnar las materias del PCI, en el proceso PAC mediante la acción establecida en el 17 N°6 de la Ley N° 20.600. En consecuencia, las alegaciones de la AIASIQ que no formaron parte de las observaciones ciudadanas no serán objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal, por resultar improcedentes.

Añade la sentencia consideraciones respecto del cambio climático, explicando que del análisis del expediente de evaluación ambiental del proyecto, así como de las autorizaciones ambientales, fue posible constatar que las simulaciones llevadas a cabo para evaluar los efectos tanto del bombeo de agua subterránea, como de las medidas y/o condiciones establecidas para su control, no consideraron la influencia del cambio climático sobre la recarga del acuífero y, por ende, sobre los tiempos de recuperación esperados. Esta situación deberá ser enmendada al momento

de dar cumplimiento a la sentencia, razón por la cual se ordena que la autoridad ambiental deberá evaluar el efecto sobre el ecosistema Lagunillas de la extracción de agua subterránea para la actividad minera de CMCC, considerando los escenarios de cambio climático utilizados por los expertos en la materia.

En contra de la referida sentencia, la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca, Compañía Minera Cerro Colorado y el Servicio de Evaluación Ambiental, entablaron recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**I.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por CMCC.**

**Primero:** Que se argumenta la causal del artículo 768 N°1 del Código de Procedimiento Civil, la cual se divide en dos acápites. En el primero de ellos, se alega que la sentencia fue pronunciada por un tribunal integrado en contravención a lo dispuesto en la ley, fundado en que la causa estuvo en estado de estudio por más de un año y cinco meses, dentro de los cuales el Ministro Sr. Asenjo renunció a su cargo. Posteriormente, el fallo fue firmado veintiún meses después de la vista, sólo por el ministro Sr. Ruiz, puesto que el ministro Sr. Escudero, el integrante técnico del tribunal, jubiló.

A pesar de lo anterior, la sentencia tiene una serie de juicios técnicos y fue suscrita sólo por un ministro abogado, de lo cual deriva que, en los hechos, fue dictada por un tribunal unipersonal.

Como segunda alegación, dentro de la misma causal, se indica que la decisión fue emitida por un tribunal incompetente, en tanto el Tribunal Ambiental no está facultado para calificar el mérito de las medidas aprobadas por la autoridad administrativa en la RCA, sino sólo para determinar si las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas. En este contexto, el propio fallo reconoce que las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas, pero luego, desmarcándose de la esfera de sus atribuciones, califica el mérito de las respuestas y vulnera así el principio de deferencia.

Expresa que los sentenciadores sólo están habilitados para anular total o parcialmente, pero no cuentan con atribuciones para imponer contenido al órgano administrativo. En la especie, se interpretó un acto administrativo no impugnado y se procuró imponer un contenido.

**Segundo:** Que, a continuación, se invoca la causal de extra petita, al tenor del artículo 768 N°4 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la observación del reclamante Jara Alarcón dice relación con la afectación de aguas subterráneas en el bofedal Lagunillas y la existencia

de un presunto daño ambiental por la actividad de Cerro Colorado. El cambio climático no es mencionado en las observaciones, como tampoco los plazos de recuperación de los pozos, materias a las cuales el tribunal, por tanto, se extendió en su decisión, a pesar que no fueron traídas al pleito.

**Tercero:** Que se esgrime también la causal del artículo 26 inciso 4° Ley N°20.600, esto es, haber sido dictada la sentencia con infracción manifiesta a las normas de la sana crítica, en tanto el fallo tuvo por probado que las medidas de mitigación impuestas por la autoridad ambiental eran inapropiadas, examinando incorrectamente el modelo hidrogeológico presentado en el EIA, lo cual contradice los antecedentes entregados por los órganos especializados que respaldan la idoneidad y suficiencia de las medidas.

**Cuarto:** Que, finalmente, se alega la omisión de los fundamentos de derecho y técnico ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo, causal dispuesta en el artículo 25 Ley N°20.600 en relación al artículo 170 N°4 del Código de Procedimiento Civil, en tanto la decisión omite las consideraciones que dan sustento a una presunta indisponibilidad de una resolución administrativa previa y contiene consideraciones contradictorias al respecto.

En este sentido, el motivo 37° refiere que tanto el contexto de afectación como la necesidad de lograr una recuperación son dos elementos esenciales para la adecuada

evaluación de cualquier modificación del proyecto; sin embargo, luego expresa que tanto la recuperación como las condiciones y plazos aprobados en la Resolución Exenta N°67 serían aspectos indisponibles para la autoridad ambiental (motivo 50°), sin explicitar la fuente normativa de esa indisponibilidad, de modo que la conclusión carece de sustento jurídico.

Por otro lado, el motivo 49° asevera que no es posible modificar medidas sin una debida evaluación ambiental, con la cual, entonces, dejaría de operar dicha "indisponibilidad".

Añade que la propia sentencia indica que corresponde verificar si las medidas de mitigación se hacen cargo de los impactos, pero luego no contiene ese análisis, en circunstancias que el Comité de Ministros estimó apropiado adelantar la implementación del cambio del pozo de riego del bofedal al primer año de operación del proyecto y restringir el caudal de extracción de aguas de 150 a 135 litros por segundo. El tribunal simplemente desestima las medidas, señalando que su efecto no aparece evaluado o fundado en modelos predictivos que permitan precisar la cuantía de la reducción, de lo cual queda en evidencia, por un lado que reconoce que las medidas sí pueden reducir el tiempo de recuperación del acuífero, pero por otro, luego afirma que no son suficientes, sin ninguna justificación técnica.

**Quinto:** Que la primera causal del recurso se funda en la infracción del artículo 768 N°1 del Código de Procedimienti Civil por haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal integrado en contravención a lo dispuesto en la ley.

Resulta útil consignar los siguientes hitos procesales que, ya sea constan en autos, o bien constituyen hechos públicos y notorios:

1. El día 9 de mayo de 2017 se procedió a la vista de la causa, ante el Segundo Tribunal Ambiental, conformado por los Ministros Sr. Alejandro Ruiz Fabres, Sr. Rafael Asenjo Zegers y Sr. Juan Escudero Ortúzar.

2. Con fecha 25 de enero de 2018, la señora Relatora de la causa certifica que ésta se encuentra en estudio, desde el día de la vista.

3. Con fecha 28 de junio de 2018 el Ministro Sr. Asenjo presentó su renuncia al cargo de Ministro del Segundo Tribunal Ambiental.

4. El día 26 de octubre de 2018 la causa pasa a estado de acuerdo, ante los Ministros Sr. Alejandro Ruiz Fabres y Sr. Juan Escudero Ortúzar, de conformidad a lo establecido en el artículo 80 del Código Orgánico de Tribunales.

5. El 5 de noviembre de 2018, se produjo el cese en el cargo, del Ministro Sr. Juan Escudero Ortúzar, por haber cumplido la edad legal establecida como límite en el artículo 12 letra c) de la Ley N°20.600.

6. La sentencia impugnada fue dictada el día 8 de febrero de 2019 y fue pronunciada por el Ministro Sr. Alejandro Ruiz Fabres y el Exministro Sr. Juan Escudero Ortúzar, este último quien no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo, por haber cesado en sus funciones. La redacción estuvo a cargo del Ministro Sr. Ruiz.

**Sexto:** Que la situación observada se encuentra regulada en los artículos 76 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, cuyo tenor resulta conveniente recordar:

*"Art. 76. Ningún acuerdo podrá efectuarse sin que tomen parte todos los que como jueces hubieren concurrido a la vista, salvo los casos de los artículos siguientes.*

*Art. 77. Si antes del acuerdo falleciere, fuere destituido o suspendido de sus funciones, trasladado o jubilado, alguno de los Jueces que concurrieron a la vista se procederá a ver de nuevo el negocio.*

*Art. 78. Si antes del acuerdo se imposibilitare por enfermedad alguno de los jueces que concurrieron a la vista, se esperará hasta por treinta días su comparecencia al tribunal; y si, transcurrido este término, no pudiere comparecer, se hará nueva vista.*

*Podrá, también, en este caso, verse de nuevo el asunto antes de la expiración de los treinta días, si todas las partes convinieren en ello.*

*Art. 79. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 77 y 78, todos los jueces que hubieren asistido a la vista de una causa quedan obligados a concurrir al fallo de la misma, aunque hayan cesado en sus funciones, salvo que, a juicio del tribunal, se encuentren imposibilitados física o moralmente para intervenir en ella.*

*No se efectuará el pago de ninguna jubilación de Ministros de Corte, mientras no acrediten haber concurrido al fallo de las causas, a menos que comprueben la imposibilidad de que se trata en el inciso anterior.*

*Art. 80. En los casos de los artículos 77, 78 y 79 no se verá de nuevo la causa aunque deje de tomar parte en el acuerdo alguno o algunos de los que concurrieron a la vista, siempre que el fallo sea acordado por el voto conforme de la mayoría del total de jueces que haya intervenido en la vista de la causa".*

**Séptimo:** Que, según consta en los antecedentes y se dejó expresa constancia, los Ministros Sr. Ruiz y Sr. Escudero adoptaron por unanimidad el acuerdo, con fecha 26 de octubre de 2018, esto es, cuando ambos se encontraban en funciones, restando únicamente la redacción del fallo que, si bien se materializó con posterioridad al cese en el cargo del Ministro Sr. Escudero, contiene la decisión tomada por ambos magistrados, de conformidad al artículo 80 del Código Orgánico de Tribunales.

En este sentido, la afirmación de la recurrente, en orden a que los juicios técnicos que el fallo plasma habrían sido fruto de la opinión de un solo integrante, queda desprovista de todo fundamento, por cuanto el certificado de fecha 26 de octubre de 2018 indica expresamente que la determinación fue adoptada por ambos miembros del tribunal y, a mayor abundamiento, el Ministro Sr. Escudero concurrió a ella, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 79 del Estatuto Orgánico, lo cual lleva necesariamente al rechazo del arbitrio en esta parte, por cuanto sus afirmaciones contrastan con aquello constatado y consignado en autos por el Ministro de Fe del tribunal.

**Octavo:** Que, respecto de la segunda parte de esta causal, relacionada con la incompetencia del Tribunal Ambiental por no estar éste facultado para calificar el mérito de las medidas aprobadas por la autoridad administrativa en la RCA, en tanto sus atribuciones radican sólo en determinar si las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas, del tenor del recurso fluye que los fundamentos de este motivo de nulidad dicen relación más bien con la resolución de fondo del asunto y la manera en que los sentenciadores abordaron las consecuencias de haber estimado que las observaciones ciudadanas no fueron debidamente consideradas.

En efecto, los motivos 40° y siguientes del fallo recurrido son expresos en indicar que el examen relativo a la debida consideración de las observaciones no sólo se limita a un punto de vista formal, sino que demanda un análisis en relación a si la respuesta a ellas, otorgada por la autoridad ambiental, es o no apta para mitigar los efectos perniciosos para el medio ambiente, denunciados por el observante. Realizado tal análisis, se concluye en el motivo 52° que la observación ciudadana relativa al impacto que tendrá el proyecto en la recuperación de los niveles de aguas subterráneas, no ha sido abordada de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental, lo cual lleva al acogimiento de la reclamación.

**Noveno:** Que, como puede apreciarse, los sentenciadores se han limitado al examen que exige el marco legal contenido en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, lo cual permite descartar la incompetencia alegada.

En efecto, no existe antecedente alguno que permita poner en entredicho, de manera eficaz, la competencia del Segundo Tribunal Ambiental para conocer de la reclamación deducida en autos, esto es, de aquella contemplada en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, puesto que en la especie concurre la totalidad de los elementos que configuran dicha competencia a su respecto, tanto en su faz absoluta cuanto en su aspecto relativo, considerando en especial que la materia de que se trata en autos es de

aquellas que, por definición, se encuentran entregadas a la decisión de los tribunales especializados de esta clase.

**Décimo:** Que, a continuación, se esgrimieron las causales de extra petita e infracción a las reglas de la sana crítica, las cuales son compartidas también por el arbitrio de nulidad formal entablado por el Servicio de Evaluación Ambiental, de modo que, a fin de conservar un orden en la exposición, serán abordadas de manera conjunta, más adelante.

**Undécimo:** Que resta, por tanto, referirse al motivo de casación en la forma, relacionado con la omisión de los fundamentos de derecho y técnico ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia la decisión, al tenor de lo previsto en el artículo 25 de la Ley N°20.600 en relación con el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Una primera parte de esta alegación, dice relación con la falta de consideraciones que den sustento a una presunta e indeterminada "indisponibilidad" de una resolución administrativa previa. Sin embargo, tales fundamentos se aprecian de manera clara en los motivos 50° y siguientes del fallo impugnado, donde expresamente se consigna que, por sobre toda modificación administrativa, en materia ambiental deben primar los principios de protección y recuperación ambiental, que no constituyen sino una manifestación del principio precautorio, en virtud del cual es deber de la autoridad considerar y evaluar debidamente

los eventuales efectos perniciosos que pueda tener la modificación de un determinado proyecto.

En el caso de autos, los sentenciadores son claros en indicar que, si la autoridad ambiental dispuso en la Resolución N°67/2011 que el acuífero objeto de estos antecedentes se recuperaría en determinadas condiciones y plazos, no era posible con posterioridad obviar esa decisión para señalar luego, sobre la base de consideraciones estrictamente económico productivas, que se podía recuperar en un plazo mayor. En ello radica la "indisponibilidad" referida por el Tribunal Ambiental, con la cual esta Corte concuerda según se analizará en relación al fondo del asunto.

**Duodécimo:** Que lo anterior se relaciona íntimamente con los fundamentos técnico ambientales que se tuvieron a la vista al momento de decidir, de conformidad a los cuales los sentenciadores concluyen no existen antecedentes para concluir que las medidas propuestas resultan aptas para mitigar los efectos ambientales del proyecto de continuidad.

En efecto, a diferencia de aquello que se indica en el recurso, en cuanto a la medida de mitigación HI-1 - adelantamiento del cambio del pozo de riego - los sentenciadores no señalan que ésta no sea apta o suficiente para reducir el tiempo de recuperación de los niveles del acuífero, sino que el efecto concreto de esta medida no fue

evaluado y es esa la razón que impide concluir que se trate de una medida idónea.

En cuanto a la disminución de caudal y la renuncia voluntaria a la extracción de aguas del Salar de Lagunillas, la sola revisión de los antecedentes aportados por la propia titular en la evaluación ambiental son suficientes para concluir su ineptitud para mitigar los impactos del proyecto de continuidad, tal como se expresa en los motivos 46° y 47° del fallo impugnado.

**Décimo tercero:** Que, en consecuencia, la afirmación de carecer el fallo de los fundamentos técnico ambientales que lo fundan, no resulta ser efectiva, por cuanto su sola lectura deja en evidencia los razonamientos en torno a los cuales los sentenciadores arribaron a la decisión; cuestión distinta es que la recurrente no concuerde con tales fundamentaciones, puesto que ello no las torna en inexistentes, lo cual resulta suficiente para desvirtuar este motivo de nulidad.

**II.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por el SEA.**

**Décimo cuarto:** Que se esgrime, en primer lugar, la causal del artículo 26 inciso 4° de la Ley N°20.600, esto es, la infracción a las reglas de la sana crítica y, específicamente, al principio de la razón suficiente, por cuanto las conclusiones del tribunal, a partir del análisis de la prueba documental presentada en el procedimiento y en

virtud de las cuales decide anular, no se sustentan en ningún razonamiento lógico. Explica que la Resolución Exenta N°67/2011 no consigna medidas para reparar los descensos de nivel o los tiempos de recuperación, las cuales fueron establecidas en el marco del Proyecto Continuidad, en razón de la extracción de agua por 7 años más. En este sentido, el plazo de recuperación al año 2050 no es una meta establecida en la Resolución N°67, como tampoco en la RCA N°69/2015, es un plazo tentativo establecido para un solo pozo, en una modelación cuyo objetivo era analizar la efectividad de las medidas de mitigación propuestas por el titular para hacerse cargo del impacto.

Expresa que el tribunal incurre en un error al interpretar la prueba, tergiversando lo ordenado en la Resolución N°67 y creando un plazo que no existe en dicho acto administrativo, por cuanto el término que debió haberse fijado era el año 2062, establecido en la RCA N°69/2015.

Tampoco se expone una razón suficiente para sostener que las medidas establecidas en la RCA N°69/2015 no sean apropiadas y que las observaciones ciudadanas no fueron debidamente consideradas. En este sentido, la evaluación ambiental reconoció el efecto adverso y, para hacerse cargo, dispone el cambio del punto de extracción cuyo efecto sería reducir el tiempo desde el 2075 al año 2069. A

juicio de la autoridad ambiental, ello no fue suficiente y, en respuesta, se incorporaron por el titular las dos medidas complementarias que se hacen cargo de los efectos adversos y permitirán reducir el tiempo de recuperación del acuífero entre 8 y 15 años dependiendo de la zona. Por tanto, no es efectivo que la reducción en el caudal de extracción sea marginal.

**Décimo quinto:** Que, a continuación, se alega la causal del artículo 768 N°4 del Código de Procedimiento Civil, referida solo a su segunda parte, o sea, a haberse extendida la sentencia a un punto no sometido a la decisión del tribunal, en cuanto ordena que en la reevaluación de las medidas se considere el cambio climático, en circunstancias que ninguna de las partes realizó alegaciones o defensas referidas a esta materia la cual no fue sometida a conocimiento del tribunal. Tampoco se especifica cómo debería realizarse esa evaluación, asegurando que el SEIA no cuenta con mecanismos para su consideración.

**Décimo sexto:** Que, tal como se indicó con anterioridad, la impugnación referida a haberse infringido las reglas de la sana crítica es también esgrimida por CMCC, parte que cuestiona que el tribunal hubiere concluido que las medidas aprobadas no son apropiadas para hacerse cargo del impacto en comento, a pesar de haber ponderado los informes técnicos de la DGA conforme a los cuales las

medidas sí se harían cargo de los efectos adversos, para luego señalar el fallo que la evaluación técnica no fue la adecuada, con infracción a los conocimientos científicamente afianzados.

La misma situación se denuncia en relación a la medida HI-2, respecto de la cual los sentenciadores concluyen que aporta una mitigación marginal.

Por su parte, el SEA, esgrimiendo la misma causal, alega una infracción al principio de la razón suficiente, en tanto el tribunal refiere un plazo máximo de recuperación al año 2050, término tentativo para un solo pozo, de modo que la consideración correcta era el año 2062.

**Décimo séptimo:** Que, sobre el particular, esta Corte ha declarado en reiteradas oportunidades que la ponderación de conformidad con las reglas de la sana crítica comprende la explicitación de las razones jurídicas asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud el tribunal asigna o resta mérito a los medios probatorios, en atención especialmente a la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de los antecedentes del proceso, de modo que este examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

**Décimo octavo:** Que, en la especie, no se observa que los sentenciadores hubieren incurrido en una vulneración de

las reglas de la lógica o los conocimientos científicamente afianzados, en los términos en que refieren las recurrentes. En efecto, los sentenciadores son claros en cuanto a que el plazo de recuperación del acuífero que corresponde considerar, es aquel contenido en la Resolución Exenta N°67/2011, esto es, al año 2050, lapso que se ve aumentado por el Proyecto Continuidad hasta el año 2075. Luego, las medidas propuestas, aun cuando no fueron suficientemente evaluadas, a lo más reducirían tal plazo de recuperación al año 2062, produciéndose de igual forma un retardo de 12 años en relación a los términos contemplados en la RCA original.

En este orden de ideas, no desconoce el tribunal que las medidas propuestas y aprobadas por la autoridad ambiental resultan aptas para disminuir el tiempo de recuperación del acuífero. Sin embargo, el reproche radica en que no son suficientes - o, a lo menos, su efectividad es incierta - para cumplir con el plazo original de restitución del medio ambiente, aspecto que no resultaba disponible para el titular del proyecto, como tampoco para los órganos con competencia ambiental.

En otras palabras, el reproche que realiza el fallo recurrido no radica en que las medidas no sirvan para disminuir el tiempo de recuperación del acuífero, considerando el impacto del Proyecto Continuidad, sino que dicho efecto, por un lado y a la luz de los antecedentes de

la evaluación ambiental, no ha sido suficientemente estudiado y, por otro, aun cuando su influencia positiva pudiera ser efectiva, no resulta suficiente para lograr el estándar propuesto por la RCA primitiva, esto es, la recuperación el año 2050, plazo de debería de todas formas ser respetado si se trata de una continuidad, como se analizará más adelante.

**Décimo noveno:** Que, como se observa, las alegaciones de los recurrentes más bien apuntan a una discrepancia con el proceso valorativo de los medios de convicción aportados a juicio y con las conclusiones que, como consecuencia de dicho ejercicio, han extraído los jueces del fondo, en orden al acogimiento de una de las reclamaciones intentadas.

Por consiguiente, aun cuando las recurrentes se esmeran en presentar sus alegaciones como dirigidas a la denuncia de infracción a las reglas de la sana crítica, lo cierto es que lo impugnado es en realidad la valoración que los jueces del grado hicieron de la totalidad de la prueba, resolviendo el asunto presentado a su conocimiento, como resultado de este ejercicio, actividad que es exclusiva de los sentenciadores del grado, salvo que se acredite una efectiva infracción a las reglas de la sana crítica, lo que no ha ocurrido, razón por la cual los recursos no podrán prosperar en esta parte.

**Vigésimo:** Que, finalmente, respecto del vicio de ultra petita, el fallo incurre en él cuando, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas cambiando su objeto o modificando su causa de pedir.

La doctrina ve en la denominada ultra petita un defecto que conculca el principio de la congruencia, rector de la actividad procesal, que busca vincular a las partes y al juez al debate. Se trata de un principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, al mismo tiempo que cautela la conformidad que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso.

**Vigésimo primero:** Que para desechar el recurso en análisis en esta parte basta recordar que el artículo 30 de la Ley N° 20.600 prescribe: *"Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada."*

*En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17,*

*así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.*

Además, es necesario subrayar que el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil dispone en su N°4: *“El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes:*

*[...]*

*4a. En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley”.*

**Vigésimo segundo:** Que de la última de las normas transcritas aparece que el vicio denunciado en esta parte se produce únicamente en tanto el tribunal, yendo más allá de lo pedido por las partes, actúa sin contar con facultades para obrar de oficio, en aquellos “casos determinados por la ley”.

En el caso en examen, los sentenciadores, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 30 de la Ley N°20.600, declararon que el acto reclamado no se ajusta a la normativa vigente, desde que no consideró debidamente las observaciones ciudadanas de uno de los reclamantes. Para dicho examen, era indispensable determinar si las medidas que la autoridad administrativa consideró aptas para hacerse cargo de los perjuicios ambientales

denunciados por la vía de la observación, se ajustaban o no a ella, puesto que precisamente en ello radica el análisis de la "debida consideración" a que se refiere el artículo 29 de la Ley N°19.300, concluyéndose que no se había cumplido con tal exigencia legal.

De esta forma y en conformidad con lo estatuido en el primer precepto citado, dejaron sin efecto el acto recurrido, disponiendo lo pertinente para que la autoridad administrativa respectiva determine, en su oportunidad, el contenido del acto, en la parte anulada.

**Vigésimo tercero:** Que así las cosas, no se observa de qué manera se habría verificado el vicio de ultra petita denunciado al practicar dicho análisis, desde que los falladores adoptaron la decisión censurada como consecuencia del ejercicio de facultades que les permiten examinar si las observaciones del actor fueron o no debidamente consideradas, en el marco del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600 y 29 de la Ley N°19.300.

**Vigésimo cuarto:** Que, en lo concerniente a la consideración del cambio climático, es efectivo aquello que indican ambas partes, en orden a que dicho escenario no fue traído al pleito por ninguna de las partes, por cuanto las observaciones de los actores no se refirieron a este punto, como tampoco las contestaciones del SEA o del titular del proyecto.

Sin embargo, más allá de la denominación que se le otorgue, de la lectura de los motivos septuagésimo sexto y siguiente del fallo impugnado, fluye que aquello que los sentenciadores buscaron no fue más que hacer presente la importancia de evaluar la totalidad de los factores que pudieran tener incidencia en el presente proyecto, a la luz del principio precautorio que, por lo demás, cruza toda nuestra legislación medioambiental. Sobre el particular, ha señalado la doctrina: *"El ámbito de aplicación del principio precautorio, en cambio, es en una etapa anterior: opera en casos de una amenaza potencial, pero debido a la incertidumbre o controversia científica no es posible hacer una predicción apropiada del impacto ambiental (...) Los instrumentos y herramientas para solucionar los problemas ambientales que se han demostrado como más idóneos, son precisamente los que se aplican con carácter anticipado o ex ante. Y ello porque la protección ambiental se alcanza de manera más eficiente actuando de manera anticipada"* (Jorge Bermúdez Soto. Fundamentos de Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Año 2016, 2° Edición, pág. 47). En este orden de pensamiento, el autor plantea que, si bien no existe en nuestra Ley N°19.300 una definición de este principio, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental constituye en sí mismo su aplicación, imponiéndose, de este modo, la necesidad de una actuación anticipada, incluyendo aquellas situaciones en que no

exista certeza absoluta de los efectos que sobre el medio ambiente puede tener un hecho determinado.

De lo razonado hasta ahora se sigue que toda evaluación del impacto ambiental de un proyecto debe, de manera indispensable, considerar el conocimiento científico disponible y la complejidad del sistema ecológico sobre el cual incide.

Lo anterior se relaciona, además, con el hecho que toda evaluación ambiental debe propender a materializar un desarrollo sustentable que, conforme al artículo 2° letra g) de la Ley N°19.300, exige la adopción de *"medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras"*, a fin de mejorar de manera sostenida y equitativa la calidad de vida de las personas, lo cual puede garantizarse sólo en la medida que se actúe anticipadamente, frente a impactos inciertos o incluso poco probables.

**Vigésimo quinto:** Que, aplicando estas directrices al presente caso, del análisis del fallo recurrido aparece que los sentenciadores citaron estudios en relación a las proyecciones de disminución de las futuras precipitaciones anuales en nuestro país, de modo que se trata de un factor que, contando con base científica, puede tener incidencia cierta sobre el tiempo de recuperación del acuífero Pampa Lagunillas y el bofedal asociado.

En otras palabras, una adecuada evaluación ambiental, en este caso en particular, se concreta sólo mediante la consideración de todas y cada una de las variables que pudieran tener efecto futuro sobre el nivel de las aguas, esto es, la proyección de las precipitaciones, temperaturas, sequías, efectos sinérgicos y otros factores que incida en las condiciones hídricas a largo plazo.

A mayor abundamiento, lo anterior ya ha sido también recogido en el presente procedimiento por la Dirección General de Aguas que, al pronunciarse sobre la última Adenda del proyecto, solicitó al titular realizar un análisis que presente la posible interacción de la recarga del acuífero versus el escenario de cambio climático y realizar simulaciones de niveles en uno y otro supuesto, de modo que se trata de un aspecto que forma parte integrante de la evaluación ambiental.

Comoquiera, cualquier alteración ocasionada por la variabilidad natural o actividad humana, como en este caso, en el ecosistema del bofedal Lagunillas con la extracción de agua subterránea, ciertamente ocasiona un cambio en el clima y, como se indicó, debe ser considerado en la adecuada predicción de los impactos del proyecto Continuidad.

**Vigésimo sexto:** Que, en consecuencia, no se aprecia que los sentenciadores, al exigir la debida consideración de otras variables de incidencia directa sobre el tema en

discusión, hubieren incurrido en el vicio alegado, lo cual lleva al rechazo del arbitrio también en esta parte.

**III.- En cuanto a los recursos de casación en el fondo.**

**A) En cuanto al arbitrio interpuesto por AIASIQ.**

**Vigésimo séptimo:** Que este recurso alega la infracción de los artículos 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales, 14 de la Ley N°19.880, 76 de la Constitución Política de la República, 11 y 41 de la Ley N°19.880, 4°, 20, 29 y 60 de la Ley N°19.300, 17 N°6, 18 N°5 y 27 de la Ley N°20.600, afirmando que la sentencia yerra cuando entiende que los aspectos de legalidad PCI no forman parte de la observación ciudadana. En efecto, formulada la observación, el propio Comité de Ministros recabó informes a múltiples servicios públicos para que informaran sobre la materia, incluida la Conadi, de modo que se aprecia una incongruencia cuando posteriormente indican que no se resolverán sus alegaciones, por no haber formado parte del PCI, tesis que la sentencia impugnada también acoge.

Explica que las ilegalidades del PCI pueden y deben ser conocidas y resueltas cuando quienes las plantean han deducido el reclamo de ilegalidad del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600 por haber formulado observaciones ciudadanas, sobre las cuales el Comité de Ministros simplemente omitió todo pronunciamiento, por la vía de exigirle observaciones sobre hechos o situaciones inexistentes a la fecha de

cierre de una PAC, considerando que no podía impugnar las materias del PCI dentro de la PAC si a esa fecha el PCI no se había iniciado.

En este sentido, la tesis del fallo deja a la AIASIQ sin derecho a la acción y sin posibilidad de acceso a la justicia ambiental puesto que, si bien se anuló parcialmente la RCA, lo ha sido por otros vicios.

**Vigésimo octavo:** Que, culmina, la influencia de los yerros anteriores en lo dispositivo del fallo radica en que la debida interpretación y aplicación de las normas señaladas habría llevado al acogimiento de su reclamo.

**B) En cuanto al recurso de la titular del proyecto.**

**Vigésimo noveno:** Que CMCC reprocha la infracción de los artículos 8°, 11 ter, 24, 25 y 25 quinquies de la Ley N°19.300 en relación al artículo 61 de la Ley N°19.880, al resolver que el proceso de revisión de las RCA anteriores a la RCA N°69 sería indisponible en lo sustantivo e inmodificable por una nueva evaluación ambiental. Expresa que plantear la indisponibilidad de las resoluciones administrativas implica una transgresión a la legislación de la materia, puesto que las variaciones a un proyecto deben evaluarse conforme a su propio mérito y no en consideración con el proyecto original. En este sentido, los actos administrativos son esencialmente revocables y la ley dispone expresamente la posibilidad de cambiar un proyecto con impacto ambiental; por el contrario, la

decisión impugnada sostiene la resolución de término de un procedimiento de revisión tendría jerarquía superior a cualquier otra RCA, lo cual contraviene los preceptos antes citados.

**Trigésimo:** Que, a continuación, alega la transgresión de los artículos 16 de la Ley N°19.300, 17 N°6 y 30 de la Ley N°20.600, en tanto se prescinde de las formas, etapas y organismos técnicos que forman parte del SEIA al pronunciarse respecto de la suficiencia e idoneidad de las medidas de mitigación previstas en la RCA N°69 y señalar las condiciones que deberá reunir la resolución que la complementa, desmarcándose de las observaciones ciudadanas.

Afirma que la evaluación ambiental tiene un órgano competente que es la Comisión de Evaluación, mientras que el Tribunal Ambiental sólo tiene las facultades del artículo de la Ley N°20.600 que, en este caso, se limitaban a revisar las consideraciones entregadas por la autoridad respecto de las observaciones ciudadanas y, de constatar que la consideración no fue la debida, anular total o parcialmente la RCA. Por el contrario, los sentenciadores determinaron el contenido discrecional que debía tener el acto anulado, evaluaron el mérito de las medidas de mitigación y se desmarcaron, por tanto, de dicho examen de legalidad, lo cual trajo consigo el desconocimiento a una labor de calificación ambiental que se extendió por años.

**Trigésimo primero:** Que, expresa, los errores de derecho antes mencionados influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto la correcta aplicación de los preceptos ya citados habría impedido al tribunal adjudicarse la facultad de calificar si las medidas de mitigación eran apropiadas, concluyendo que el proceso de evaluación ambiental se ajustó a la legalidad y, por tanto, rechazando la reclamación deducida.

**C) En cuanto al recurso de casación del Servicio de Evaluación Ambiental.**

**Trigésimo segundo:** Que este recurso reprocha que el fallo recurrido incurrió en infracción del artículo 8° de la Ley N°19.300, en cuanto se establece que la autoridad ambiental debía respetar lo indicado en la RCA N°67, no pudiendo ser ésta modificada posteriormente por la RCA del Proyecto Continuidad, lo cual implica afirmar que una RCA no podría ser nunca modificada, aún por otra posterior.

Asegura que este proyecto fue modificado de conformidad a la ley y, en el caso particular, la RCA N°69 no cambia aquello regulado por la anterior, puesto que sus medidas se mantienen y deben ser cumplidas por el titular.

**Trigésimo tercero:** Que, a continuación, se alega la vulneración del artículo 16 inciso 2° de la Ley N°19.300, puesto que la decisión estima que el titular no podía proponer o la autoridad aprobar medidas distintas a las de la RCA anterior que regía el proyecto. Sin embargo,

conforme al precepto citado, el titular siempre podrá presentar un proyecto a evaluación, incluyendo la modificación de proyectos anteriores, en la medida que se cumpla con las exigencias para su evaluación ambiental. Con ello, si la modificación cumple la normativa, la autoridad no puede sino aprobarla, de modo que no es posible, como afirma el tribunal, que el SEA pudiera aprobar algo distinto, en tanto la calificación favorable depende de que las medidas de mitigación se hagan cargo de los efectos del artículo 11 del mismo cuerpo legal. En este caso, el tribunal se limita a señalar que las medidas no son apropiadas, pero no analiza los impactos, sólo se funda en que las RCA no serían modificables.

**Trigésimo cuarto:** Que, acto seguido, se acusa la transgresión de los artículos 12 y 16 de la Ley N°19.300 en relación a lo ordenado en materia de cambio climático. En efecto, el artículo 12 regula el contenido mínimo de los EIA y no exige información sobre el cambio climático, razón por la cual la autoridad no puede exigirlo, como tampoco su falta constituye una causal de rechazo.

**Trigésimo quinto:** Que, finalmente, se da por infringido el artículo 30 de la Ley N°19.300, en cuanto el tribunal ha determinado el contenido discrecional del acto administrativo reclamado, señalando que las medidas aprobadas no le parecen apropiadas e indicando expresamente que el tiempo de recuperación del acuífero no podrá ser

superior al establecido en la resolución revisada, extralimitando sus competencias.

**Trigésimo sexto:** Que, culmina, las vulneraciones anteriores tuvieron influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en tanto la correcta aplicación de la normativa señalada habría llevado al rechazo del reclamo.

**D) Respecto del fondo de las vulneraciones denunciadas por el SEA y CMCC.**

**Trigésimo séptimo:** Que un primer punto de reproche compartido por los recursos entablados tanto por CMCC como por el SEA, dice relación con la competencia del Tribunal Ambiental para analizar la suficiencia e idoneidad de las medidas de mitigación previstas en la RCA N°69, en el marco de la reclamación del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600.

En lo que interesa al punto en análisis y abundando en aquello que ya se expresó a propósito del rechazo de los arbitrios de nulidad formal, resulta necesario atender a lo preceptuado en el artículo 29 de la Ley N°19.300 que dispone, en su inciso primero: *"Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto"*. Agrega en los incisos tercero y cuarto: *"El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas,*

*pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.*

*Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”.*

**Trigésimo octavo:** Que la referida norma, contenida en el Párrafo 3°, Título II, denominado “*De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental*” es una concreción el principio de participación ciudadana que, entre otros, orienta la Ley N°19.300, que regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reconocido como una garantía constitucional en el numeral 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Respecto de este principio, el Mensaje con el que el Presidente de la República envió el proyecto de ley señaló: “*el proyecto establece el principio participativo. Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la*

*problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto (...). El principio de la participación se puede apreciar en muchas de las disposiciones. En primer término, procurando que las organizaciones locales puedan informarse y, en definitiva, hasta impugnar los nuevos proyectos en proceso de autorización por causar un impacto ambiental significativo y negativo sobre el ambiente. Se pretende que terceros distintos de los patrimonialmente afectados puedan accionar para proteger el medio ambiente, e incluso obtener la restauración del daño ambiental".*

En este aspecto, el artículo 4° de la ley citada expresa: *"Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente"*, mientras que el artículo 26, preceptúa: *"Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan"*.

A su turno, el mensaje del proyecto de ley que más tarde se convertiría en la Ley N°20.417, señaló como uno de los ejes estructurantes de su propuesta la participación ciudadana, indicando: *"una de las críticas habituales al actual modelo institucional es la insuficiencia de*

*participación ciudadana. (...) Un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental".*

En doctrina, la participación ciudadana ha sido definida como "el conjunto de directrices, principios y normas dispuestas por la ley y la autoridad competente que permiten a las personas, naturales y jurídicas, y a las organizaciones sociales y comunitarias afectadas o interesadas en alguna forma por distintos eventos de relevancia ambiental ser incorporadas formalmente al proceso decisonal que lleva a la adopción de políticas y medidas de carácter medioambiental, a la autorización de actividades que importan un compromiso ambiental, a la dictación de regulaciones pertinentes y a la resolución de los conflictos que se presenten" (Moreno Santander, Carlos, Participación ciudadana en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, LexisNexis, Santiago, 2004, p.47).

En el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental el referido principio se traduce en el ejercicio, por parte de la comunidad: a) del derecho a la información, que se manifiesta en la obligación legal que pesa sobre el proponente a publicar, a su costa, un extracto del proyecto o actividad sometida a la Evaluación de Impacto Ambiental, tanto en el Diario Oficial como en algún periódico de

circulación nacional o regional, según corresponda (artículos 27, 28 y 31); b) del derecho a opinar responsablemente, que se traduce en las observaciones fundadas que las personas naturales directamente afectadas como los representantes de las entidades ciudadanas con personalidad jurídica pueden realizar al proyecto o actividad sometida al Estudio de Impacto Ambiental (artículo 29) y; c) del derecho a reclamar, que surge cuando la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones que la ciudadanía formuló en tiempo y forma, y que se materializa mediante la interposición del recurso de reclamación consagrado en el artículo 29 de la ley en comento.

Se ha referido que la participación ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental constituye *“una concreción del principio de cooperación de los ciudadanos con la Administración, puesto que en ocasiones la acción de ésta resulta insuficiente para la tutela efectiva del ambiente, de modo que a la ciudadanía corresponde un activo rol de colaboración en dicha función de interés público (...) Desde esta óptica, para algunos autores la participación ciudadana presenta carácter dual, esto es, constituye tanto un derecho como un deber de la ciudadanía”*. (Mirocevic Verdugo, Camilo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417,

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso-Chile, 2011, 1er semestre, pág.282).

**Trigésimo noveno:** Que es evidente la trascendencia reconocida a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de los proyectos presentados al sistema pertinente, otorgando el legislador a estos terceros no sólo el derecho a realizar observaciones, obligando a la autoridad a pronunciarse fundadamente respecto de aquellas, sino que, además, entrega el derecho a deducir, primero, reclamación en sede administrativa ante el Comité de Ministros, según se dispone en el artículo 29 de la Ley N°19.300 en relación al artículo 20 del mismo cuerpo legal y, luego, en sede judicial, conforme lo dispone el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600.

**Cuadragésimo:** Que, en efecto, aquellas personas que han participado en el periodo de observación ciudadana, desde un punto de vista restringido, tienen un interés en aquello que se resuelva en relación a sus observaciones pero, desde una perspectiva amplia, aquél se expande a la decisión final de la autoridad en relación a la integridad del proyecto.

Esta Corte ha señalado con anterioridad que *"al referir la ley a una 'debida consideración', indudablemente no se está aludiendo a una sola exposición formal de*

*aquellas y una decisión a su respecto, sino que obliga a sopesar y aquilatar el contenido de las mismas. En consecuencia, para establecer si las observaciones fueron o no debidamente consideradas, se debe examinar el mérito de los antecedentes que forman parte del proceso de evaluación ambiental” (CS Rol N°12.907-2018).*

En este sentido, si el reclamante en sede administrativa entregó argumentos técnicos o jurídicos pretendiendo desvirtuar lo consignado en la RCA, se cumplen las exigencias que permiten declarar admisibles las reclamaciones debiendo, en consecuencia, emitir el Comité de Ministros un pronunciamiento a su respecto, verificando o descartando las falencias acusadas en las reclamaciones, examen que en este caso se refería a la debida consideración de las observaciones previas, lo cual no fue cumplido por la RCA, como tampoco por el señalado Comité de Ministros.

**Cuadragésimo primero:** Que, en efecto, de los antecedentes aparece que la observación signada con el numeral N°218, presentada por Luis Jara Alarcón refiere que el *“Bofedal Lagunillas ha sufrido un daño ambiental irreparable y actualmente continúa experimentando daño, como consecuencia de la extracción de aguas subterráneas por parte de CMCC, daño que se verá acentuado por la nueva solicitud de la referida sociedad”*, acusa además una disminución del potencial hidráulico del acuífero y la

desaparición del sistema de vertientes que alimentaba el bofedal, concluyendo que *"esta situación se presentó con una extracción de agua subterránea inferior a la que se autorizó mediante la Resolución Exenta N°67/2011 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, que autorizó un régimen de 150 l/s total desde los pozos de producción"*.

Añade en su observación N°221 que *"ya no se puede hablar de 'continuidad' ya que se aumentan los impactos ambientales, en particular a lo que se refiere al nivel de recuperación del agua subterránea"*.

Frente a ello, la evaluación técnica de la observación señaló, en lo medular, que *"los antecedentes entregados permiten visualizar todos los compromisos de la citada Resolución (se refiere a la RCA N°67/2011), la forma de cumplimiento actual y la forma en que el presente proyecto mantiene o modifica dicha obligación y su forma de cumplimiento, respecto de las obligaciones que son parte del Plan de Trabajo y que tienen relación con aspectos técnicos, de reporte a la Autoridad, de actualización de información y de estudios complementarios"*. En concordancia con lo anterior, la RCA dispone que la medida HI-1, esto es, el cambio del punto de extracción del agua utilizada en el riego del bofedal, debe ser concretada durante el primer año de operación del proyecto, esto es, durante el año 2017, con el objeto de reducir los tiempos de recuperación

y lograr un restablecimiento de las condiciones originales "generando menor impacto al ya asumido por la RCA N°67/2011. Lo anterior implica que, del caudal considerado extraer e 135 l/s, una vez comenzando a operar el nuevo pozo, debe descontarse el requerimiento de riego al bofedal, quedando un caudal autorizado de extracción en el acuífero Pampa Lagunillas, hasta el año 2023".

Al tenor de la observación y de la respuesta de la autoridad ambiental, atendido lo razonado hasta ahora, el examen sobre su debida consideración ciertamente obligaba al Tribunal Ambiental a analizar si aquellas medidas de mitigación efectivamente cumplían con hacerse cargo del impacto denunciado por el observante, análisis que, como se dijo, no está en la RCA, como tampoco en el razonamiento del Comité de Ministros.

**Cuadragésimo segundo:** Que, en este orden de ideas, el fallo es claro en indicar que, tal como expresa el observante, la "continuidad" no es tal, sino que se trata de trabajos que aumentan el impacto ambiental, causando que un acuífero que originalmente se recuperaría el año 2050, ahora, luego de la proposición de una serie de medidas, lo haga en el año 2062, incremento temporal que por sí solo resulta suficiente para concluir la presencia de una afectación al medio ambiente, de la cual el titular, como tampoco la autoridad ambiental, se han hecho cargo debidamente.

A lo anterior se añade que las medidas de mitigación, si bien causan un afecto de adelantar dicha recuperación, ello es sólo desde el año 2075 al año 2062, todo lo cual lleva a colegir que la observación no ha sido debidamente abordada, por cuanto no se han propuesto medidas que atiendan al impacto que por su intermedio se denuncia.

**Cuadragésimo tercero:** Que, en consecuencia, no se observa que los sentenciadores hubieren incurrido en un error jurídico al momento de evaluar la idoneidad de las medidas propuestas, puesto que se trata únicamente del ejercicio de la competencia que les es atribuida por ley, en el marco del examen de la debida consideración de las observaciones planteadas por el reclamante, en la etapa de participación ciudadana.

**Cuadragésimo cuarto:** Que lo anterior se vincula a la afirmación que se consigna en el motivo quincuagésimo primero del fallo, en orden a que el plazo de recuperación de los niveles freáticos del acuífero no resultaba disponible para el titular, como tampoco para la autoridad ambiental, la cual debe necesariamente relacionarse con el carácter de "continuidad" que se predica del proyecto aprobado. En efecto, aprobada una RCA respecto de un proyecto principal, no desconoce esta Corte que puede existir una ampliación o modificación posterior, cuyos efectos ambientales deben ser evaluados de conformidad al artículo 11 ter de la Ley N°19.300, norma que obliga a

considerar "la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente", de lo cual se sigue que toda variación de un proyecto ya aprobado, tiene ciertos estándares mínimos, que están dados por la aprobación ambiental originaria.

En otras palabras, la evaluación ambiental de una modificación de proyecto, no puede significar un detrimento adicional para el medio ambiente en relación a aquellos elementos ya evaluados primitivamente sino, a lo sumo, un efecto neutro, puesto que de otra forma se trata, en realidad, de un proyecto que produce impactos distintos.

**Cuadragésimo quinto:** Que es en este sentido también que debe entenderse la referencia que el Tribunal Ambiental realiza a la debida consideración del cambio climático en la nueva evaluación ambiental que se haga del Proyecto Continuidad, en tanto, como ya se adelantara a propósito del arbitrio de nulidad formal, los sentenciadores no han hecho sino manifestar que - lo cual es compartido por esta Corte - un examen adecuado y cabal de los impactos ambientales asociados al proyecto, demanda hacerse cargo debidamente de todos los aspectos que pudieran incidir en la adecuada recuperación del estado original del acuífero en un tiempo que, a lo menos, se ajuste el considerado originalmente.

Lo anterior no significa de modo alguno la transgresión a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley

N°19.300, en tanto los sentenciadores no definen el contenido discrecional del acto administrativo que deberá dictar con posterioridad la autoridad ambiental, sino sólo explicitan, dentro del marco de su competencia, ciertas consideraciones mínimas que deberán tenerse a la vista y cuya ausencia no puede ser tolerada, por cuanto ello implicaría desatender los principios básicos de nuestra legislación ambiental, especialmente su carácter preventivo y precautorio.

**Cuadragésimo sexto:** Que todo lo hasta ahora razonado resulta suficiente para descartar los yerros jurídicos denunciados tanto por el Servicio de Evaluación Ambiental como por el titular del proyecto, lo cual lleva necesariamente a que ambos recursos sean rechazados.

**E) En relación al recurso de casación en el fondo de AIASIQ.**

**Cuadragésimo séptimo:** Que esta reclamante reprocha que la decisión no realizó razonamiento alguno respecto de su observación planteada en el marco del proceso PAC. El primero de los argumentos para ello, radica en que, según lo señala el motivo sexagésimo octavo del fallo impugnado, *“revisados los antecedentes de la evaluación ambiental del proyecto y atendidos los términos generales en que fueron planteadas las observaciones ciudadanas por parte de la AIASIQ, el Tribunal estima que han sido abordadas de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de*

*evaluación ambiental, informándose adecuadamente a la Asociación Indígena, tanto por parte de la empresa en la primera Adenda como por el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá en el ICE y la Comisión de Evaluación Ambiental en la RCA N°69/2015, donde se explica en detalle y se aclaran las dudas relativas a la ubicación y permisos propios del proyecto, y se entrega información correspondiente a los procesos de participación ciudadana y consulta indígena en los que puede ser parte”.*

**Cuadragésimo octavo:** Que, tal como consigna la propia sentencia, las alegaciones realizadas por la AIASIQ dijeron relación con varios aspectos, uno de los cuales era el uso de aguas y terrenos sin permiso de la observante. En la reclamación ante el Comité de Ministros, añade “una intervención irreparable sobre los recursos naturales, reduciéndose los sectores y calidad de los cultivos. Además, se ha producido una contaminación de las aguas que ha repercutido en la agricultura, la afectación de caminos troperos, sitios arqueológicos y ceremoniales, emisiones de ruido y polvo”, sin medidas apropiadas que se hagan cargo de ellos.

Frente a ello, la RCA N°69 hace referencia al proceso PAC, como también al PCI, en el marco del cual se reconocieron impactos significativos que afectan a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, poniendo énfasis en que la AIASIQ no participó. Tanto este acto

administrativo como la Resolución N°1317 ponen énfasis en la realización de estos procesos, en los cuales podía la actora ser parte.

Como puede observarse, no existe para la observación una respuesta concreta, más allá de la referencia al PAC y al PCI, conjuntamente con un reproche por la falta de participación de AIASIQ en este último.

**Cuadragésimo noveno:** Que, sobre el particular, corresponde tener presente que el artículo 6° N°1 del Convenio N°169 de la OIT dispone que *"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

*b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*

*c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los*

*casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".*

Es la misma OIT quien ha establecido los estándares mínimos que debe cumplir un proceso de consulta para ser considerado adecuado, sosteniendo que: *"los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad" y que "será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado"* (Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, página 16).

Así lo ha entendido también esta Corte, al señalar que *"el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.*

*De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en*

*dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados"* (CS Rol 11.040-2011, considerando Quinto).

Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca en una de sus sentencias: *"la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, Nº 1º, letra a), de la Convención Nº 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el Nº2º del mismo artículo 6º que dice: 'Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas'"* (Rol 309-2000, considerando 7º). Agrega el fallo: *"La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1º de la Constitución, que consagra el deber del Estado de 'asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional'"* (considerando 72º).

**Quincuagésimo:** Que, en este orden de consideraciones, el artículo 2° del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social que establece el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, dispone: *"La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento"*.

En lo pertinente, el artículo 8° refiere: *"La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta"*. Agrega el inciso segundo: *"La evaluación ambiental de un proyecto o actividad*

*susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300”.*

**Quincuagésimo primero:** Que, de lo hasta ahora expuesto, fluye que la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI, les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto, las que el Servicio de Evaluación Ambiental debe examinar en su mérito y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.

Sólo así es posible el cumplimiento de la obligación consagrada legalmente en el artículo 4° de la Ley N°19.300, que dispone: *“Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y*

*culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés.*

En tanto de los antecedentes del proyecto aparezca la existencia de una susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas, necesariamente debe seguirse un PCI, toda vez que éste es el estándar empleado para determinar su obligatoriedad. De este modo, respecto de quiénes deben participar en la consulta, el artículo 85 del Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental dispone: *“En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta”.*

**Quincuagésimo segundo:** Que, si bien Participación Ciudadana y Consulta Indígena son distintas, no puede desconocerse que tienen un objeto común, esto es, permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados

ambientalmente por producir alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N°19.300.

Tal como lo asienta el fallo impugnado, es efectivo que existe una laguna legal, toda vez que no se halla un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones PAC que no fueron debidamente consideradas, respecto de las cuales se contempla una reclamación administrativa ante el Comité de Ministros - artículo 29 de la Ley N°19.300 - que a su turno abre la reclamación judicial contemplada en el artículo 17 N°6 de la Ley N° 20.600, en este caso no se contempla una acción específica.

A este tema ya se refirió esta Corte en la sentencia CS Rol N°28.195-2018, donde se explicó que la situación anterior determina que se deba realizar un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva. En esta labor, resulta adecuado recurrir a la misma ley para llenar el vacío normativo, aplicando el principio de analogía, que permite establecer la regulación contemplada para un caso semejante, debido a que entre ambos existe identidad de objeto. Así, resulta adecuado atender a las semejanzas que existen entre el proceso de Participación Ciudadana y el proceso de Consulta Indígena, en relación a las razones que determinan su procedencia y

los objetivos buscados, cuestión que determina la procedencia de la reclamación ejercida en autos para impugnar aquellas materias que se estima no fueron resueltas por el Comité de Ministros, vinculadas a la Consulta Indígena.

En este punto, es útil también recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que *"la competencia del Comité de Ministros establecido en el artículo 20 de la Ley N°19.300 es amplia y le permite, basado en los elementos de juicio que apareje el reclamante y en los que el mismo recabe, revisar no sólo formalmente la decisión reclamada sino que, además, puede hacerlo desde el punto de vista del mérito de los antecedentes, circunstancia que le habilita, a su vez, para aprobar un proyecto inicialmente rechazado, aplicándole, si lo estima necesario, condiciones o exigencias que, a su juicio, resulten idóneas o adecuadas para lograr los objetivos propios de la normativa de protección medioambiental, incluyendo entre ellas medidas de mitigación o compensación que tiendan a la consecución de ese fin y, especialmente, a la salvaguardia del medio ambiente y de la salud de la población que podrían ser afectadas por el respectivo proyecto"* (sentencias pronunciadas en causa roles N° 6563-2013, N° 32.368-2014 y N° 34.281-2017).

Es incuestionable que, dada su importancia, tanto la decisión que se adopte en relación a la Consulta Indígena,

como también las eventuales observaciones que se tengan en relación a la legalidad de su desarrollo que, en el presente caso, implicó dejar a un grupo indígena fuera de ella, deben ser objeto de revisión administrativa y de control jurisdiccional respecto de la actividad administrativa, más aún si aquella comunidad que deduce la reclamación procuró participar en la evaluación ambiental del proyecto, como asimismo ha ejercido oportunamente los recursos administrativos contemplados en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, nada impide que personas pertenecientes a grupos indígenas formulen sus observaciones en el proceso PAC, más aun considerando, en este caso, que ello ocurrió cuando el PCI aún no se había iniciado, de modo que su falta de participación posterior en el PCI, no resulta un obstáculo válido para no considerar tal observación y, como ocurrió, no referirse al fondo de ella, bajo el único pretexto de no haber sido presentada en la oportunidad correspondiente.

Así, surge con nitidez que, como ha ocurrido en la especie, aquellas personas que revisten la calidad de indígenas que formularon observaciones al proyecto en la etapa de participación ciudadana, se hallaban legitimadas para reclamar administrativamente ante el Comité de Ministros no sólo la falta de consideración de sus observaciones, sino que también, junto a ellas, las

materias vinculadas a las deficiencias de la Consulta Indígena que, precisamente, motivaron que no pudieran participar en ella.

En este aspecto se debe reiterar que, si la comunidad aduce cuestiones que no están directamente vinculadas a las observaciones ciudadanas, sino que además promueve cuestionamientos que se relacionan con ilegalidades del proceso de Consulta Indígena llevado a cabo, es indudable que aquello debe ser conocido y resuelto por el Comité de Ministros al alero de la reclamación administrativa prevista en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, sin que pueda abstenerse de decidir bajo el pretexto de que se trató de una comunidad que se abstuvo de participar en el PCI, a pesar de haber sido invitada a ello, más aún en este caso, en que consta que tal invitación fue aceptada y dicha participación no se concretó por razones económicas. En consecuencia, resulta lógico que tal decisión, a su turno, pueda ser impugnada, en su integridad, a través de la reclamación prevista en el artículo 17 N°6 de la ley N°20.600.

**Quincuagésimo tercero:** Que, una vez que se emite un pronunciamiento por parte del Comité de Ministros respecto de las reclamaciones deducidas en sede administrativa en contra la RCA, surge el derecho a impugnar lo decidido, incluyendo aquellos aspectos vinculados a la Consulta Indígena cuestionados por la comunidad recurrente, sin que

sea procedente soslayar un pronunciamiento fundado en la inexistencia de una acción específica.

Tampoco es adecuado plantear que la acción idónea para recurrir es aquélla contemplada en el artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600, toda vez que aquello implica obligar a la Comunidad Indígena que participó activamente en el proceso de evaluación ambiental, a solicitar la invalidación de la RCA, recurriendo a un proceso invalidatorio que, sólo una vez resuelto, posibilitaría la procedencia del control jurisdiccional. Tal decisión, además de carecer de sustento normativo, atenta contra la debida y eficiente administración de justicia, al obligar a una duplicidad de procedimientos, sin perjuicio de que, además, vulnera el principio de tutela efectiva.

En este sentido, la interpretación que los juzgadores hacen del artículo 17 de la Ley N°20.600 restringe el derecho a la acción de la reclamante en un segundo aspecto, en tanto conculca la facultad que la norma le otorga para elegir la vía que considere más adecuada para hacer valer su pretensión. La actora sostiene que la acción prevista en el N°6 del citado artículo 17 resulta idónea para sostener su petición y, sin duda, es efectivamente la más adecuada, en atención a que ella, además, realizó observaciones en el PAC, por lo que no es adecuado obligarla a solicitar la invalidación consagrada en el artículo 53 de la Ley N°19.880, sin que corresponda, como lo ha hecho el

tribunal, imponer al interesado una determinada herramienta procesal por sobre otra.

Por último, es necesario subrayar que la aludida interpretación restrictiva que los falladores hacen del citado artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, que determina el rechazo de la acción deducida, implica desconocer la competencia del Tribunal Ambiental para resolver el asunto sometido a su conocimiento, imposibilitando de este modo que la reclamante obtenga un pronunciamiento acerca del fondo del asunto litigioso vinculado al fondo del proyecto - alegado en el proceso PAC - como también a los cuestionamientos respecto de la Consulta Indígena realizada durante el proceso de evaluación ambiental, privando, como se señaló, de la tutela efectiva de sus derechos.

**Quincuagésimo cuarto:** Que, con ello, era posible arribar a la lógica conclusión que, habiendo participado la AIASIQ en el PAC, realizando alegaciones relacionadas con una afectación a su territorio, conjuntamente con un reproche de falta de información sobre el detalle del proyecto, tal observación debía ser contestada de manera íntegra, precisa y adecuada, puesto que nada obsta a que, aun tratándose de un grupo perteneciente a pueblos indígenas, planteara su observación en el marco del PAC, considerando además que el PCI, a esa fecha, no había iniciado.

En consecuencia, los sentenciadores incurrieron en los errores de derecho que se les atribuyen en el recurso de casación en examen, en tanto han vulnerado lo estatuido en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600 al restringir el derecho a la acción de quienes han participado en el procedimiento de evaluación ambiental, de modo que el arbitrio de nulidad sustancial de la parte reclamante será acogido.

De conformidad asimismo con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí de las presentaciones de fojas 522 y 563 y **se acoge** el recurso de casación en el fondo entablado en lo principal de fojas 505, en contra de la sentencia de ocho de febrero de dos mil diecinueve, escrita a fojas 428, la que se invalida y, sin nueva vista, es reemplazada por la que se dicta a continuación.

**Se previene** que el Ministro señor Muñoz concurre a la decisión, teniendo para ello, además, presente:

**1°** Que el Servicio de Evaluación Ambiental constituye el órgano creado expresamente por la Ley para *“la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, así como la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo, para efectos de obtener*

*los permisos o pronunciamientos a que se refiere el inciso anterior"* (artículo 8° de la Ley N°19.300).

Por su parte, el artículo 25 del mismo cuerpo normativo se refiere a la RCA como el instrumentos que establecerá *"las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deberán emitir los organismos del Estado.*

*Las condiciones o exigencia ambientales indicadas en el inciso anterior deberán corresponder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos y que hubiesen participado en el proceso de evaluación"*.

**2°** Que, en concepto de este previniente, la competencia del SEA es amplia, esto es, goza de facultades para la evaluación de los proyectos en su totalidad y, en ese ejercicio, está obligado a identificar todos los eventuales efectos perniciosos que para el medio ambiente puedan derivarse de una actividad determinada sometida a su consideración. En este contexto, su actividad no queda limitada por los impactos que fueren declarados por el titular, sino que debe adoptar un rol activo en la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

**3°** Que, en esta línea de pensamiento, el recurso de casación interpuesto por el SEA expresa: *"de conformidad a*

lo establecido en el artículo 12 del RSEIA, que señala los contenidos mínimos detallados para la elaboración de un EIA, la evaluación ambiental se realiza en base a (sic) los antecedentes presentados por el titular, no correspondiéndole al SEA evaluar alternativas. Por tanto, si en el EIA el titular describe el proyecto de una manera, en este caso, con un requerimiento de 150 l/s, no le correspondía a la autoridad ambiental evaluar un escenario que no se encuentra en la descripción presentada en el EIA", afirmación que también se reiteró en estrados y con la cual este sentenciador no concuerda, al tenor de aquello que se viene razonando, por cuanto refleja la asunción de un rol pasivo que, por un lado, implica un abandono de sus facultades legales y, por otro, deja en manos de los titulares de cada proyecto la decisión en relación sobre cuáles son los impactos que se someten o no a evaluación ambiental, desnaturalizando el carácter preventivo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

**4°** Que lo señalado hasta ahora, a propósito del papel protagónico que debe el SEA cumplir en el marco de la evaluación de impactos ambientales, es de la mayor importancia, por cuanto dejar el contenido de dicha evaluación al arbitrio de los titulares, podría producir un efecto perverso, por existir eventuales impactos que, por no haber sido considerados en su oportunidad, se adviertan y se sometan a estudio sólo una vez producido un daño

ambiental, el cual podría ser significativo e incluso irreparable.

5° Que, en el presente caso, lo anterior se plasma en el hecho que, conforme a la RCA N°69/2015, el cierre del proyecto, incluyendo su continuidad, estaría contemplado para el año 2023, en circunstancias que la recuperación del bofedal Lagunillas se proyectó para el año 2075 y, aun con las medidas que la propia autoridad ambiental estimó adecuadas, el perjuicio ambiental se extiende hasta el año 2062. Surge la interrogante, por tanto, sobre la forma y la oportunidad en que se ejercerá el control de ese cumplimiento, una vez que la titular haya culminado las labores de cierre de la faena.

6° Que, a mayor abundamiento, la discordancia temporal antes anotada configura, en concepto de quien sostiene este voto particular, la clara evidencia de un daño ambiental significativo en el acuífero, causado ya por el proyecto primitivo y que, lejos de ser considerado como algo negativo, tanto el titular como la autoridad ambiental reconocen y justifican por la vía de someter a evaluación ambiental un proyecto que, denominado formalmente como "continuidad", no es sino la materialización de la extensión y agravamiento de los efectos perniciosos que la titular ha venido causando en el bofedal, desde el inicio de sus operaciones, cuya evidencia debió, a lo menos y conjuntamente con el acogimiento de las reclamaciones,

haber motivado que el Tribunal Ambiental ejerciera sus facultades cautelares, en los términos del artículo 24 de la Ley N°20.600.

7° Que en tal pasividad también incurre el Comité de Ministros, no obstante la amplia competencia reconocida por esta Corte, puesto que resulta increíble que se apruebe un proyecto que ha importado una sobreexplotación del acuífero, descendiendo el nivel de la napa, el que se pretende recuperar en 40 años más, con lo cual se permite una carga transgeneracional, comprometiendo a terceros por la actividad ya realizada, la cual se autoriza mantener, con la exclusiva medida de mitigación de cambio del punto de captación del agua para la faena minera. La legislación impide expresamente que la jurisdicción pueda revertir lo observado, según se indicó en la presente sentencia, conforme a la limitación de su competencia, no obstante ser una jurisdicción contencioso administrativa especial, a la cual internacionalmente se le reconoce por la legislación y la doctrina el principio de oficialidad, del cual está desprovista en nuestro ordenamiento jurídico.

Se deja de considerar, además, que formalmente el proyecto minero, que se denomina de continuación, concluye en 2024, ocasión en la cual corresponde tener recuperado el acuífero, pues luego el titular no tiene contemplado seguir con su explotación y, por lo mismo, no se observa la forma

cómo se extenderán sus obligaciones, requiriendo efectivamente su cumplimiento hasta 2062 ó 2075.

8° Que, finalmente, este previniente estuvo por dejar expresamente consignado, respecto de las variables que deben considerarse en una nueva evaluación ambiental, que el cambio climático es una realidad en nuestro país y así lo han recogido distintos instrumentos, a modo ejemplar, el Acuerdo de París, promulgado a través del Decreto N°30 del año 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, como también el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático, elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente el año 2017 y el informe denominado "*Consideración de Variables de Cambio Climático en la Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos Asociados al SEIA*", encargado por el SEA, este último cuyas conclusiones son expresas en señalar: "se evidencia que sin duda resulta imperante incluir la temática de cambio climático en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile", agregando que ello "no solo servirá para cumplir con los compromisos internacionales adoptados, sino que también permitirá enfrentar el desarrollo sustentable del país de manera más responsable en vista de los efectos del cambio climático que se evidencian cada vez con más fuerza y frecuencia a lo largo de nuestro territorio" (Disponible en Internet, en la página web del Servicio de Evaluación Ambiental,

[https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2020/07/informe\\_final\\_consultoria\\_cambio\\_climatico.pdf](https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2020/07/informe_final_consultoria_cambio_climatico.pdf)).

Queda en evidencia que en el escenario actual, el cambio climático constituye una variable que necesariamente debe ser incorporada en el análisis de los impactos medioambientales de todo proyecto que se someta al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

9° Que en concepto de este previniente, por tanto, la nueva evaluación que se practique en el presente caso, con miras a resguardar la recuperación del acuífero en el tiempo originalmente previsto, debe tomar en cuenta la fuerte incidencia que sobre dicho objetivo tiene el cambio climático, como fenómeno público y notorio, al punto de haber sido recogido de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico, en los términos que ya se han explicado.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Lagos y la prevención, de su autor.

Rol N° 8.573-2019

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sr. Diego Munita L. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Vivanco, por estar haciendo uso de

sui feriado legal, y el Abogado integrante Sr. Munita, por estar ausente. Santiago, 13 de enero de 2021.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a trece de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.