

RUBÉN CRUZ PÉREZ Y OTROS CON COMPAÑÍA MINERA NEVADA SPA*

Órgano competente: Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

Tipo de acción: Acción de reparación por Daño Ambiental.

Rol: D N°2-2013.

Fecha: 20 de Marzo de 2015.

Resultado: Rechaza acción de reparación por daño ambiental.

Ministros: Sr. José Ignacio Vásquez Márquez; Sr. Rafael Asenjo Zegers; Sr. Sebastián Valdés De Ferari.

Ministro redactor: Sr. Rafael Asenjo Zegers.

Partes:

Demandantes: Rubén Cruz Pérez, Jorge Anselmo Guerrero Cortez, Rodrigo Antonio Gaytán Carmona, John Meléndez Morales, Dayan Andrés Villegas Aróstica, Homero Darío Campillay Iriarte y otros.

Demandada: Compañía Minera Nevada SpA.

* Ficha de Jurisprudencia elaborada por Natalia Acevedo Castillo. Asistente de Investigación ONG FIMA, estudiante de Derecho, Universidad Alberto Hurtado.

Legislación aplicable

Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, artículos 2, 3, 51, 53, 54 y 60; Ley Nº 20.600 que crea Tribunales Ambientales, artículos 17 N°2; 18 N°2; 20, 25, 33 y 35.

Preguntas legales

¿Puede una Organización No Gubernamental ser legitimado activo en una demanda de reparación por daño ambiental? ; ¿Cómo afecta la apreciación de la prueba según el estándar de sana crítica en el contexto de un tribunal especializado?

Descripción de los Hechos

- El proyecto Pascua Lama se inicia en Chile en 1977 y tiene por objetivo principal la extracción de oro. La empresa canadiense Barrick Gold adquiere el proyecto en la década de 1990.

- En el período de 1998-1999 el titular accede hasta los glaciares trazando un camino con gravilla, a fin de transitar sobre ellos sin afectarlos.

- En el año 2000 el proyecto ingresa al SEIA, limitándose las actividades en la zona a la mantención de caminos de acceso a la frontera, a la cumbre y al sector Argentino. En el año 2001 el Estudio es calificado favorablemente mediante la RCA Nº39/2001; no obstante, el proyecto se acotó a la mantención de los caminos y del campamento.

- El retraso del inicio de obras se debió, en parte, al problema que planteó la afectación y remoción de glaciares permitida por la RCA Nº39. La autoridad de la época hizo que el titular adoptara una serie de disposiciones para relocalizar los glaciares removidos, pero existieron medidas de compensación ambiental ya que la RCA Nº39 señala que en caso de que los glaciares removidos tiendan a desaparecer, el titular deberá proponer medidas compensatorias pertinentes.

Al estimar que no era posible dejar de extraer un sector de glaciares, se le exigió al titular el Plan de Manejo de Glaciares (PMG).

- En 2004, el titular ingresa un nuevo EIA al SEIA, titulado "Modificaciones proyecto Pascua Lama", que fue calificado favorablemente mediante la RCA Nº24/2006. La modificación consistía principalmente en el aumento de la superficie del rajo y de las horas

de explotación diarias, así como el establecimiento de un relleno sanitario en Chile para toda la vida útil del proyecto.

- En cuanto a los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, la RCA N°24 ordenó que no fuesen afectados físicamente, no pudiendo ser removidos, trasladados, destruidos o intervenidos de cualquier otra forma. Esta obligación de no afectación no aparece estructurada de forma autónoma en la RCA, sino que se encuentra dispersa en el texto de la misma.

En razón de esta obligación, el titular se comprometió a monitorear los glaciares a través del Plan de Monitoreo de Glaciares(en adelante: PMG), instrumento que ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los años.

El proyecto Pascua Lama ha sido sancionado por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama en reiteradas ocasiones, en instancias de la DGA, por incumplimientos en la implementación de medidas de mitigación de polvo y material particulado, así como fallas en la aplicación del PMG.

Alegaciones

La sentencia estructura para fines de orden y coherencia las alegaciones y aplicación a los hechos de la siguiente manera:

I. Legitimación Activa

Demandantes: aducen ser un conjunto de habitantes de la comuna Alto del Carmen dedicados a la agricultura y a la ganadería, para lo cual cuentan con derechos de aguas que se han visto gravemente afectados debido a los impactos que ha tenido el proyecto en los glaciares. En razón de esto, señalan que todos han sufrido un daño o perjuicio por cuanto éste no solo debe comprender a los agricultores y/o regantes de la comuna, sino también a cualquier persona que tenga interés en la protección ambiental.

Demandado: alegó la falta de legitimación activa de los demandantes, ya que no se apreciaba que algunas personas naturales y la Organización No Gubernamental (ONG) OLCA hayan sufrido el daño o perjuicio, señalando que de la historia de la ley 19.300 se desprende que la intención del legislador no fue consagrar una acción popular para exigir la reparación del medio ambiente a favor de cualquiera que tuviese interés en su conservación y/o reparación, sino acotar la titularidad de la acción exclusivamente a quienes han sufrido un daño o perjuicio, el cual, además, debe ser acreditado.

II. Responsabilidad por Daño Ambiental

1. Del supuesto Daño a los Glaciares

a) **Demandantes:** alegan que la negligencia del titular en el cumplimiento de las medidas de mitigación provocó grandes emisiones de material particulado a la atmósfera, que se habría depositado sobre los glaciares y glaciaretos del área de influencia del proyecto, reduciendo el albedo de estos cuerpos de hielo afectando los glaciaretos Toro 1, Toro 2 y Esperanza, así como el ambiente periglacial y los recursos hídricos de la cuenca de drenaje, situación que habría comprometido sus derechos de aguas.

Demandado: señala que su actuar no ha afectado los glaciares ni los recursos hídricos, ya que ha sido diligente en el cumplimiento de la obligación establecida en la RCA N°24 consistente en inventariar las masas de hielo en la cuenca del Huasco y monitorear las condiciones de Toro 1, Toro 2 y Esperanza durante la vida útil del proyecto; en razón de la cual estableció el PMG, que ya se encuentra en su tercera versión (PMGv3).

Sin embargo, reconoce que el PMG requiere ajustes, ya que circunstancias de fuerza mayor (condiciones climáticas y geográficas) han impedido que se recopile toda la información necesaria con la periodicidad adecuada.

No obstante, de acuerdo a los datos recopilados por el PMG, las variaciones en la masa de los cuerpos de hielo se deben a la evolución natural de los mismos, a condiciones climáticas imperantes en la zona y a la sequía que la ha afectado en las últimas décadas como consecuencia del cambio climático.

Asimismo, señala que los demandantes no explican fácticamente cómo se habría producido el daño ambiental, por cuanto solo se apoyan en citas de antecedentes de la evaluación ambiental del proyecto y en tres procesos sancionatorios, los cuales no constatan el daño ambiental; tampoco entregan antecedentes concretos sobre cuáles serían sus derechos de aguas afectados.

Finalmente, argumenta la ausencia de comportamiento doloso o culposo por cuanto los procedimientos sancionatorios sobre los cuales se sustenta la demanda se fundaron solo en ciertas omisiones, fallas y retardos en registros e informes que contempla el PMGv3.

b) Demandantes: en cuanto a las **emisiones**, denuncian que existió un incumplimiento de la RCA, ya que se afectó al glaciar Estrecho con la generación de material particulado asociado a operaciones de movimiento de tierra con maquinaria de alto tonelaje, tareas de carga, descarga y tránsito de vehículos de carga, sin implementar las medidas establecidas en la RCA (como la humectación de caminos internos, poner cubiertas sobre las tolvas de camiones en tránsito y otras). Dejan constancia de que la demandada fue sancionada por estos hechos en sede administrativa.

Demandado: en su defensa, señala que efectivamente fue condenado al pago de 300 UTM en sede administrativa, pero que el tribunal civil rebajó la multa en un 50%, ya que dio por acreditado el cumplimiento de la medida de humectación de caminos para el abatimiento y control del polvo en suspensión, por lo que las alegaciones de los demandantes no pueden fundarse en este hecho.

Impugna también el informe del Centro de Derechos Humanos y Ambiente (en adelante "CEDHA") presentado como prueba de los demandantes, alegando que carece de rigurosidad metodológica y científica, no pudiendo constituir prueba veraz de los hechos expuestos por los demandantes.

c) Demandantes: respecto a la **depositación del material particulado**, señalan que su emisión por parte del titular ocasionó que se acumulase sobre la superficie de los glaciares causando un aumento en la tasa de derretimiento de los mismos. Apoyan esta afirmación con un informe técnico sobre el impacto del proyecto en los glaciares donde se estipula que el polvo en suspensión- originado por tronaduras y tránsito vehicular -está además alterando el albedo de los glaciares.

Demandado: refuta estas alegaciones sosteniendo que en las mediciones que realizó no se comprueba la afectación, pese a existir variaciones en la cantidad de material depositado.

Es más, desde el 2008 al 2013 no se registra superación de los límites que pueda implicar una afectación significativa a los glaciares. Destacan que no se apreció una disminución considerable de los niveles de depositación de material particulado luego de las medidas impuestas por la Corte Suprema, ya que este tipo de glaciares se encuentra naturalmente expuesto al polvo. Apoyan esta teoría con un informe realizado por la consultora BGC.

d) Demandantes: por último, en cuanto al **balance de masa** de los cuerpos de hielo, aducen que el titular afectó el tamaño y área de los glaciaretos principalmente mediante la emisión de materiales particulados a la atmósfera, lo que explica la alta pérdida de masa que presentan algunos de los cuerpos de hielo.

Demandado: sostiene que los demandantes no aportaron prueba suficiente para acreditar los hechos que denuncian. Según el PMG, no existiría una superación de los límites de emisión establecidos que permitan detectar posibles impactos relacionados al proyecto; en este sentido, el retroceso de los cuerpos de hielo se venía dando con anterioridad a la aprobación del mismo, siendo un efecto del cambio climático que perjudica a todos los cuerpos de hielo en el mundo.

Finaliza arguyendo que se le realizaron diversas auditorías ambientales, durante las cuales se corroboró que los glaciares en cuestión no han sido intervenidos.

2. De la supuesta afectación a los recursos hídricos

Demandantes: sostienen que los glaciares son reservorios y reguladores del recurso hídrico de la cuenca, por lo que existe una omisión de parte de la minera al no considerar el factor disponibilidad del derecho al agua de los regantes del valle de Huasco, quienes tienen problemas para satisfacer su consumo doméstico y agrícola. Apoyan este argumento con informes en los que se consigna la posibilidad de que la disminución de los recursos hídricos de la zona se deba al aumento de polvo acumulado en los glaciares, junto con el testimonio de un vecino sobre la decadencia que han sufrido los recursos hídricos en los últimos años que ha estado activo el proyecto.

Demandado: afirma que no hay afectación a las reservas ni al aporte hídrico de los cuerpos de hielo, por cuanto la zona de ubicación de Toro1, toro 2 y Esperanza representa aproximadamente el 1% del volumen total de hielo almacenado en la cuenca Potrerillos.

Señala que sus descargas solo representan el 5% del caudal del río El Toroque, a su vez, no representa más del 20% de la cuenca Tres Quebradas. A esto debe sumarse el hecho de que ha existido una tendencia a la baja en los ríos de la zona desde hace años según los reportes de caudales históricos de la DGA, por lo que las situaciones alegadas por los demandantes se explican observando los eventos naturales de la zona.

Reitera la debilidad del informe de CEDHA, ya que adolece de debilidades argumentales que le restan validez científica; señala que su plan de monitoreo de glaciares esta operativo

y sí cuenta con los datos científicos correctos que le faltan al informe presentado por los demandantes; presenta además numerosa prueba testimonial de expertos que interpretan los datos del PMG y el informe CEDHA, precisando que los datos cuantitativos del segundo no cuadran y que se basan en meras apreciaciones geográficas, sin análisis científicos exactos.

3. De la supuesta afectación al ambiente periglacial

Demandantes: plantean que la empresa ha sido negligente en la toma de medidas de protección requeridas, causando que las actividades del proyecto afecten el ambiente periglacial y el permafrost mediante la realización de obras de apertura de caminos, la acumulación del polvo sobre los cuerpos de hielo y otras intervenciones. El efecto del polvo en los glaciares se ve agravado por cuanto baja hacia la cuenca con el deshielo y contamina las aguas subterráneas.

Demandado: alega que la contraparte no explica cómo se estaría afectando el ambiente periglacial, cuáles serían sus resultados y cómo el agua estaría llegando a los ríos. Rechaza categóricamente la imputación de que CMN habría afectado el ambiente periglacial y las reservas hídricas que éste genera, por cuanto la contribución hídrica del ambiente periglacial es muy baja, al nivel de no ser medible en el punto de primer uso de agua por parte del primer usuario.

Apoya esta afirmación contradiciendo el informe del CEDHA presentado por los demandantes, ya que dicen que las formas de glaciares inventariadas en él fueron exageradas y presentan falsamente el área cubierta de hielo, siendo algunos de los glaciares inventariados en el informe solo pendientes de detritos y movimientos en masa, mas no glaciares de escombros. Complementa esta crítica con prueba testimonial de un experto, que se pronuncia en el mismo sentido.

I. Aplicación a los Hechos

1. Legitimación Activa

Respecto a los derechos de agua que alegan tener algunos de los demandantes, éstos fueron acreditados en juicio por medio de una serie de documentos entregados bajo el nombre “Derechos de agua de Jorge Anselmo Guerrero Cortés, Mariela del Carmen Gaytán”, por lo que el tribunal concluye que el Sr. Guerrero Cortés es legitimado activo para demandar la reparación del daño ambiental.

Respecto a la legitimación activa de la ONG, el tribunal considera que la interpretación más adecuada para determinar el verdadero sentido y alcance de la expresión “haya sufrido el daño o perjuicio” es la interpretación finalista. En este sentido, sigue la tesis del “entorno adyacente” del profesor Jorge Bermúdez, según la cual puede interpretarse el artículo 54 de tal manera que implique una legitimación activa extendida sin sostener una acción popular.

De acuerdo a esta teoría, el medio ambiente es un bien de titularidad colectiva, por lo tanto, es lógico que cualquiera que habite en ese entorno pueda entender que ha sufrido un daño o perjuicio, toda vez que este sea significativo. Llevado a las ONG, se entiende que sufren daño o perjuicio cuando el objeto mismo de su existencia se ve dañado.

Por tanto, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que no han experimentado detrimento en su persona o patrimonio, eventualmente gozan de legitimación activa para la acción de reparación del medio ambiente si habitan o realizan sus actividades en el entorno adyacente supuestamente dañado. También serán legitimados activos de esta acción los que habitan o desarrollan actividades en el área de influencia del proyecto, en este caso, por ser directamente afectados. Así, el tribunal hace coincidir la noción de “entorno adyacente” y “área de influencia del proyecto” para este caso.

Respecto a las ONG como ente legitimado, el tribunal estima que habría que verificar su vinculación con este entorno considerando ciertos requisitos con el fin de que no se abuse de la acción de reparación por daño ambiental, por lo que establece las siguientes condiciones:

- a) Acreditar su personalidad jurídica vigente.
- b) Contener la defensa del medio ambiente en sus estatutos, comprendiendo expresamente dentro de ésta las acciones administrativas y judiciales que correspondan.
- c) Que el objeto del daño se encuentre dentro del ámbito de acción de la ONG: Ejemplifica con una organización cuyo objeto sea la defensa de flora y fauna terrestre. En este caso, no podría otorgársele legitimación para la defensa de la flora y fauna marina.
- d) Tiempo de constitución de al menos tres años.

Como un segundo argumento, el tribunal añade que la ley también legitima a las Municipalidades y al Estado para ejercer la acción de reparación como representantes de intereses colectivos y difusos; en este respecto, concluye que muchas veces serán las ONG quienes tengan los mejores medios para llevar a cabo la representación de estos intereses.

Como tercer argumento, cita la interpretación analógica utilizada por la Corte Suprema en “Seguel Cares con Fisco”, en el sentido de que la Corte busca impedir que una situación aparentemente excluida o desregularizada continúe siéndolo si ello implica una desprotección correlativa, lo que en este caso concreto se traduciría en que pierde el sentido crear una norma que entrega una acción para reparar el daño ambiental que al mismo tiempo permite la posibilidad de que ninguna persona lo reclame.

Así, teniendo en cuenta la interpretación analógica y el hecho de que en el sancionatorio administrativo conducido por la SMA cualquier persona puede denunciar incumplimientos a instrumentos ambientales, se puede afirmar que en sede de daño ambiental- y específicamente, ante daños ambientales- las ONG que cumplan los requisitos descritos anteriormente también gozarían de legitimación activa, sin que constituya una acción popular.

Sin embargo, ante la falta de antecedentes estatutarios de la ONG OLCA, el tribunal no estima posible dar por acreditada la legitimación activa.

II. Responsabilidad por Daño Ambiental

1. Definición de los componentes ambientales eventualmente afectados

En este apartado, el tribunal define cuál es el ámbito espacial al que se limitará el análisis de la prueba en relación con el supuesto daño a los glaciares, al ambiente periglacial y a los recursos de agua asociados debido a que la demanda resultaba imprecisa en este aspecto.

Ya que el tribunal considera que la demanda es imprecisa en ese aspecto, se aboca a observar los documentos sobre cuyo contenido se construyeron las alegaciones de los demandantes, consistentes en un informe de la DGA de Atacama y en los procesos sancionatorios de la Comisión de Evaluación de Atacama. Estos documentos se refieren a la fiscalización de la obligación de no afectación de los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza y al PMG

Así, el tribunal define como objeto de la litis, y por tanto del análisis de prueba, los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, la cuenca del río El Toro y al ambiente periglacial adyacente. Por lo tanto, no alcanza a los demás glaciares ni ambientes periglaciares en el área de influencia del proyecto.

2. Del Supuesto Daño a los Glaciares

a) Respecto de las **emisiones**, se consideraron: documentos emanados de la DGA en los cuales se consigna que el organismo no observó acciones de mitigación para la emisión de material particulado; los Informes N°4 y N°5 donde se deja constancia de que se estaba excediendo el número de vehículos autorizados, y se da cuenta de una gran cantidad de polvo valle abajo proveniente de la maquinaria pesada en las faenas mineras; complementado con los Informes N°1, N°6 y N°7, que dan cuenta de que sí se habrían cumplido- en términos generales- las medidas de mitigación y no intervención en los glaciares.

De estas pruebas, apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, el tribunal concluye que se habrían generado emisiones de material particulado en algunas ocasiones, no constituyendo ésta una situación permanente.

b) En cuanto a la depositación de material particulado, el tribunal comparó los valores de polvo acumulado en cada cuerpo de hielo monitoreado en el área de influencia, con las mediciones registradas en el glaciar de referencia Ortigas; los resultados de estos análisis arrojaron que en la superficie de Toro 2 y Esperanza habría significativamente más polvo acumulado, mientras que esta situación no se repite en Toro 1.

Observó además la acumulación de polvo en los cuerpos de hielo año a año, observando en Toro 1, Toro 2 y Esperanza un aumento de depositación de material particulado respecto del registrado en 2008, situación que no se observa en el glaciar de referencia, lo que indicaría que efectivamente existe una mayor presencia de material particulado sedimentable en los glaciares, permitiendo dar por acreditado este hecho.

c) Con respecto al **albedo**, yante la observación de una mayor cantidad de polvo acumulado en los cuerpos de hielo, el tribunal se pregunta si este polvo podría haber ensuciado la superficie de dichos cuerpos lo suficiente como para afectar su albedo.

Luego de analizar la prueba presentada y los informes respectivos en conformidad con los principios de la sana crítica, el tribunal concluye que no es posible determinar si el polvo acumulado sobre estos cuerpos de hielo los ha afectado lo suficiente como para causar su

ablación y derretimiento.

d) En cuanto al **balance de la masa**, el tribunal analizó la información disponible en los informes de monitoreo sobre el comportamiento histórico de este factor en los glaciares y glaciaretos del área de influencia, los cuales indican que no es posible señalar que los cuerpos de hielo del área aludida hayan perdido más masa que aquellos establecidos como referencia.

Complementado con otros informes cuyas conclusiones apuntan en la misma dirección, el tribunal estima que existe una multiplicidad de pruebas concordantes entre sí que- apreciadas según las reglas de la sana crítica- permiten dar por acreditado que la tendencia histórica de pérdida de masa de los cuerpos de hielo en el área no se ha alterado.

3. De la supuesta afectación a los recursos hídricos

El tribunal analizó las estadísticas oficiales de precipitaciones y caudales de la zona a fin de determinar si se observa algún comportamiento que se pudiera considerar anómalo en relación con su tendencia histórica, concluyendo que no se observó una alteración en la cantidad del recurso hídrico que sea atribuible al proyecto y que tampoco se detectó un comportamiento distinto a su evolución de las dos últimas décadas en la calidad de los recursos hídricos, por lo que no es posible atribuirle al proyecto las variaciones observadas en la calidad de los afluentes del río Potrerillos.

De estos análisis el tribunal también desprende que, habiéndose detectado la ocurrencia de algunos episodios de emisiones atmosféricas de material particulado sedimentable atribuibles al proyecto, y habiéndose verificado una mayor cantidad de polvo medido en la superficie de los cuerpos de hielo en relación con su tendencia histórica, no se determina que este impacto es la causa de la disminución de la masa de los cuerpos de hielo ni de la reducción en la disponibilidad de recurso hídricos.

4. De la supuesta afectación al ambiente periglacial

El tribunal señala que los demandantes argumentan que el proyecto habría afectado el ambiente periglacial en base a alegaciones confusas, en las cuales yerran al relacionar las definiciones utilizadas, los procesos descritos y sus conclusiones con las consecuencias que sugieren.

Por lo tanto, estima que las alegaciones y pruebas de los demandantes no aportan antecedentes probatorios que tengan una contundencia científica y argumental suficiente que permitan dar por acreditado que el ambiente periglacial haya sido afectado.

5. Exclusión de las pruebas por impertinencia, sobreabundancia u opiniones sin sustento

El tribunal decidió descartar una serie de pruebas ofrecidas por las partes, ya que no aportaron elementos útiles para la resolución de la litis.

a) Respecto de la prueba rendida por los demandantes, el tribunal descarta:

i. Por impertinente: sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó sobre recurso de protección contra SEA y Barrick Gold; sentencia de la Excelentísima Corte Suprema en el mismo caso; Revista de Sindicatos de Supervisores y Profesionales de CODELCO Chile; RCA N°39; el Plan de Manejo de Glaciares entregado por el titular, año 2000; Memoria de Título "Análisis del escenario actual de los glaciares de montaña en Chile desde la mirada de la seguridad ecológica"; "Minuta de Impacto en Glaciares por Material Particulado. Instituto de Ecología Política"; "Informe de visita a terreno de agrónomo Esteban Órdenes a agricultor Horacio Rojas"; "Efectos negativos de los cambios bruscos de la calidad físico-química del agua para la agricultura campesina del Valle del Huasco. Esteban Órdenes. Ingeniero Agrónomo Consultor"; "Minería y glaciares rocosos: impactos ambientales, antecedentes políticos y legales, y perspectivas futuras"; "Informe Proyecto Casale elaborado por Juan Pablo Milana"; y 138 fotos de la "Carpeta de Fotos de Trabajo en los Glaciares".

ii. Juicios sin sustento: "Video con testimonio de ex trabajador de Barrick en el proyecto Pascua Lama, Claudio Páez Morales"; "Videos botadero de estériles"; "Video ex trabajador"; y diversas fotos de la subcarpeta "Pascua Lama N°0; N°1 y N°2".

iii. Reiterativo: informe de monitoreo de temperatura de suelo año 2011-2012, proyecto Pascua Lama, efectuado por el CECs, a petición de compañía minera Nevada; "Copia de ORDINARIO N°032647 de CONAMA de 14/08/2013"; pág. 56 a 69 de Observaciones al Estudio Impacto Ambiental proyecto Pascua Lama. III Región. Junta de Vigilancia del Río Huasco y sus Afluentes" (2005); "Declaración de Organizaciones y habitantes de Alto del Carmen. Respecto de respuestas a las observaciones hechas por CONAMA. Alto del Carmen"; páginas de la RCA N°24; R.E N° 085/2007 de la COREMA Región de Atacama"; "Demanda de Reclamación CMN con COREMA; 6 de los 7 "sancionatorios sectoriales iniciados por la Dirección General de Aguas cuyas denuncias fueron dejadas sin efecto";

Declaraciones de Miguel Alonso Salazar y Horacio Gaytán.

b) Respecto a la demandada, se desestimó:

i. Por impertinente: Libro Rojo de la Flora Nativa y de los Sitios Prioritarios para su Conservación; el informe "Infraestructura para Competitividad. El MOP en la promoción del crecimiento económico. Chile 2007-2012"; "Efecto de tronaduras sobre glaciares"; "Documentos y correspondencia relacionados al PMGv4"; R.E N°085/2007 de la COREMA Región de Atacama; 3 procesos sancionatorios sectoriales iniciados por la DGA; 3 procesos sancionatorios sectoriales de la DGA cuyas resoluciones fueron objeto de recurso de reconsideración; 6 procesos sancionatorios de DGA.

ii. Reiterativo: entrevista del 27 de septiembre de 2013 en Diario "La Segunda" a Fernando Farías; Presentación de 2013 de la consultora BGC.

6. Conclusiones sobre daño ambiental

De acuerdo a todo lo anterior, corresponde determinar la existencia de un daño ambiental en los términos del artículo 2 letra e) de la Ley 19.300.

En virtud del análisis de la información disponible tanto en el expediente como proveniente de la DGA, el tribunal desprende que las reducciones en los balances de masa- esto es, el "menor tamaño"- observadas en los cuerpos de hielo del área de influencia del proyecto y aquellas experimentadas por los recursos hídricos, no han sido causadas por las emisiones de material particulado y su consecuente depositación en los cuerpos de hielo que se generaron en algunos momentos de la ejecución del proyecto, sino que se ajustan a la tendencia histórica que han seguido dichos indicadores y que coinciden con los cuerpos de hielo ajenos a la influencia del proyecto utilizados como referencia.

Así, se concluye que Toro 1, Toro 2 y Esperanza han seguido la misma evolución que el glaciar de referencia Ortigas 2, y que la calidad de agua de la correspondiente cuenca se ha comportado de manera similar a la cuenca de comparación que se encuentra fuera del área de influencia del proyecto. Estas condiciones confirman que el comportamiento de estos recursos no ha sido afectado significativamente por la presencia del proyecto Pascua Lama.

Al no existir daño significativo, el tribunal concluye que no se acreditó la existencia del daño ambiental alegado por la demandante y que, por lo tanto, no es necesario referirse a los otros elementos constitutivos de responsabilidad ambiental.

III. Consideraciones Finales

Aunque no se acreditó el daño ambiental, el tribunal estima pertinente formular ciertas consideraciones finales:

En primer lugar, respecto a la labor llevada a cabo por el tribunal, si bien la demanda cumplía con los requisitos mínimos de admisibilidad exigidos en el artículo 33 de la Ley 20.600, adolecía de serias imprecisiones tanto en los hechos como en el derecho; esto dificultó la calidad, pertinencia y contundencia de la prueba presentada por la parte.

No obstante, el tribunal reconoce que las condiciones materiales para obtener dicha prueba eran difíciles, ya que al margen de los documentos oficiales, el acceso a la faena minera y los glaciares-ubicados por sobre 5.000 msnm- depende enteramente de la voluntad de la demandada. Aun considerando esto, las alegaciones de los demandantes se fundamentaron en información gráfica y documentos que consignan definiciones, observaciones, opiniones y cálculos imprecisos e incluso errados desde el punto de vista técnico y cuyos resultados no tienen la verosimilitud para fundamentar la alegación.

En contraste, la Compañía Minera Nevada acompañó abundante prueba documental que respaldaba sus defensas, incluyendo en sus testigos profesionales de alta calificación en materia de glaciología que fueron elocuentes y consistentes entre sí respecto de los aspectos técnicos.

Ante esta disparidad, el tribunal consideró necesario realizar diligencias probatorias de oficio (artículo 35 inciso 2 de la Ley 20.600) y un análisis técnico completo de toda la información disponible. A su juicio, esto constituye un avance en relación a la jurisdicción común en cuanto al daño ambiental, y una mayor garantía para la sociedad en cuanto a que los casos complejos serán abordados desde una perspectiva jurídica y científico-técnica, efectivamente especializada, lo que no excluye ni aminora la responsabilidad de las partes en cuanto a la idoneidad y pertinencia de las pruebas que deben aportar.

En segundo lugar, se refiere al PMG por cuanto estamos ante una acción de reparación de daño ambiental a glaciaretos, respecto de los cuales pesaba sobre el titular la obligación de monitorearlos y de entregar la información al ente público encargado de la fiscalización y que ha tenido tres versiones hasta la fecha.

Este instrumento está basado en la confianza en el titular del proyecto, ya que tanto el descarte como la acreditación de cualquier afectación sobre los glaciaretos dependerán

sustantivamente de cómo el titular procese la información, así como en su presentación formal y oportuna al ente público encargado de su revisión.

El mismo titular señaló la necesidad de mejorar y simplificar el PMG para que la autoridad pueda verificar mejor si hubo afectación; señaló también que el actual PMG es virtualmente imposible de cumplir debido a las condiciones geográficas y climáticas de la zona donde se llevan a cabo las mediciones, presentándose testigos que daban cuenta de este hecho y de que si bien el PMG era perfectible, éste constituía una herramienta válida que permitía definir los impactos como posibles.

Uno de los testigos también señaló que hubo periodos en los que no se capturaron datos para el PMG y que hubo pérdidas puntuales de los mismos por problemas meteorológicos y logísticos, y que esta pérdida de datos a veces impedía obtener el resultado, por lo que están trabajando en un nuevo PMG (PMGv4) que propone simplificar la situación para quien toma las decisiones.

En este sentido, el tribunal señala que la defensa de la demandada en sede administrativa se concentró en la dificultad de cumplir con todos los indicadores por razones de fuerza mayor, lo que no constituye una defensa admisible cuando quien lo alega se ha puesto en la circunstancia de que ocurra el evento calificado como “irresistible”, pues entonces el elemento de la imprevisibilidad necesariamente desaparece.

En efecto, las inclemencias climáticas pueden hacer imposible cumplir con algunas de las variables medidas en el PMG, sin embargo, tanto las condiciones climáticas como las limitaciones técnicas debieron ser elementos conocidos y previstos por la demandada, por lo que el problema sería del diseño del PMG y no de fuerza mayor.

Relaciona lo anterior con los argumentos esgrimidos por la demandada encaminados a eximirla de responsabilidad, especialmente con el argumento de que en sede administrativa no se había sancionado a la demandada por afectar a los cuerpos de hielo y no se acreditó que el proyecto haya causado daño ambiental a los mismos.

El tribunal señala que no es correcto lo que se desprende a contrario sensu de la afirmación de la demandada en cuanto a que dichos procedimientos sancionatorios pueden establecer la ocurrencia de un daño ambiental, pues la existencia de éste es una calificación jurídica que corresponde establecer al Tribunal Ambiental; esta aclaración es importante por cuanto la demanda se basó principalmente en los procedimientos sancionatorios.

En tercer lugar y respecto de la evaluación ambiental del proyecto Pascua Lama, el tribunal resalta el desafío que implicó para la administración de la época, especialmente en lo referido a los glaciares, ya que no se contaban con las mismas capacidades técnicas que la administración dispone en la actualidad.

Así, la RCA N°39 de 2001 fue dictada en un periodo de vacío legislativo en materia de glaciares, mientras que cuando la segunda RCA fue dictada se prestaba más atención pública al tema de la defensa de los glaciares. Esta circunstancia explica el cambio ocurrido entre ambas resoluciones de calificación ambiental, contemplándose en la segunda la no afectación física de los glaciares; el referido cambio de opinión generó obligaciones de fiscalización y expectativas ya que sus derechos en cuanto al agua dependen del comportamiento que tenga la empresa.

Es por esto que el tribunal considera que el caso reviste una complejidad especial, debido a los factores en juego (tales como la importancia ecológica, social y ambiental de los glaciares; la dificultad de evaluar ambientalmente proyectos que presenten serios desafíos tecnológicos para llevar a cabo los procesos de vigilancia y fiscalización; y la mayor precisión que ha tenido el cambio climático en la tierra), en razón de los cuales el tribunal considera que sería ambiental, social y económicamente razonable para el país que tanto los titulares de proyectos como la administración consideren medidas de protección, mitigación o compensación que hagan frente a la situación ambiental de los glaciares en las áreas de influencia correspondientes.

IV. Resuelve

Por lo tanto, el tribunal rechaza la demanda de reparación de daño ambiental contra la Compañía Minera Medad SpA por no haberse acreditado el daño ambiental alegado, sin costas.

V. Voto Disidente

El Ministro Rafael Asenjo Zegers estuvo por reconocer la legitimación activa a la ONG Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), por cuanto estima que la información disponible contenida en la página web de esta organización respecto a la labor que realiza la ONG, y su conocido historial en relación a conflictos ambientales, es suficiente para dar por acreditada su legitimación activa para demandar la reparación del daño ambiental de los galciaretos, del ambiente periglacial y recursos hídricos asociados, por cuanto es posible presumir dentro de su objeto estatutario la capacidad para comparecer por sí misma ante el Tribunal en causas por daño ambiental.

Conclusiones

El fallo del Segundo Tribunal Ambiental se enfoca casi en su totalidad en la valoración y ponderación de la prueba. Como resultado, las discusiones legales que ofrece la sentencia se circunscriben al estándar de prueba-más allá de toda duda razonable- y a la legitimación activa de las ONG en las demandas por daño ambiental.

En efecto, uno de los aspectos más meritorios de este fallo es el reconocimiento de la posibilidad de que las ONG sean legitimados activos en las demandas por daño ambiental, realizando una interpretación finalista del artículo 54 de la Ley 19.300 a la luz de la "teoría del entorno adyacente", según la cual se hace necesario verificar la vinculación de la ONG de que se trate con el entorno presuntamente afectado.

El tribunal va más lejos y establece una serie de requisitos copulativos que deberán cumplir las organizaciones que pretendan ser legitimados activos; su carácter de copulativos se desprende de la lectura del fallo, por cuanto al no poder corroborarse uno (que la defensa del ambiente esté contemplada en los estatutos de la ONG) el tribunal declara que no es posible conceder la legitimación activa.

Es en este punto donde cobra importancia el voto disidente, ya que de su lectura puede desprenderse cierta flexibilidad en lo que daría por cumplido el segundo requisito, ya que basta con la información contenida en la página, la labor que realiza la organización y su historial en relación a los conflictos ambientales, sin que sea necesario que se explicita en sus estatutos el objeto de defensa del medio ambiente comprendiendo las acciones administrativas y judiciales que correspondan.

Otro tema que se repite a lo largo de la sentencia es la valoración de la prueba según el estándar de la sana crítica, establecida en el artículo 35 de la Ley 20.600. De la doctrina, jurisprudencia y legislación pueden extraerse que las características comunes de la sana crítica son, históricamente, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia; sin embargo, dado que el concepto ha evolucionado y decantado en las últimas décadas, pueden añadirse a sus características los conocimientos científicamente afianzados y la obligación de fundamentar la sentencia.²

2 GONZÁLEZ CASTILLO. "La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica". *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2006, vol.33 N°1 [consulta: 29 de octubre de 2015], pp.93-107. P.99.

Este fallo es un ejemplo de cómo este estándar probatorio interactúa con el razonamiento de tribunales altamente especializados como es el Tribunal Ambiental, en el cual se concede una mayor preponderancia a los conocimientos científicamente afianzados, resultando en una tecnificación de los otros elementos de la sana crítica.

Esto tiene directas consecuencias en las características que deberá tener la prueba que tendrá que rendirse ante el tribunal, por cuanto un estándar de sana crítica más tecnificado podría llevar a que otros medios probatorios como los testimonios, fotografías y videos generarán una menor convicción en un tribunal especializado que en un tribunal común. En el caso del daño ambiental, esto es relevante por cuanto el mismo tribunal reconoce que existe una disparidad en cuanto a la capacidad de las partes para producir ciertos tipos de prueba, teniendo la demandada los recursos y el acceso a la faena para aportar datos técnicos y peritos especialistas, mientras que los demandantes solo pueden hacerse de documentos oficiales y prueba testimonial y documental, ya que el acceso a la faena depende enteramente del titular.