

Santiago, seis de enero de dos mil veinte.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2025-2019, sobre procedimiento de reclamación ambiental al tenor del artículo 20 de la Ley N°19.300, se acumularon los reclamos deducidos, por una parte, por don Ruben Pérez Cruz y la Comunidad Indígena Diaguita Patay Co y otros y, por otra parte, la Compañía Minera Nevada SpA, todos quienes se alzaron en contra la Resolución Exenta N°1385 dictada por el Comité de Ministros el 1 de diciembre de 2018 que, a su vez, rechazó las reclamaciones administrativas en contra de la Resolución Exenta N°94 de 2 de junio de 2016, por intermedio de la cual se resolvió el proceso de revisión excepcional del artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, en relación a la Resolución Exenta N°24 de 15 de febrero de 2016, que califica ambientalmente de manera favorable el proyecto denominado "Modificaciones Proyecto Pascua Lama".

Por sentencia de fecha 10 de diciembre de 2018 de marzo de 2018, el Segundo Tribunal Ambiental rechazó las reclamaciones deducidas.

En contra de esta decisión, la Comunidad Indígena Diaguita Patay Co y otros deducen 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.

Primero: Que el arbitrio invoca, en primer lugar, la transgresión del artículo 25 de la Ley N°20.600, en relación al artículo 170 N°4 del Código de Procedimiento Civil, por la omisión de las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

Exponen los recurrentes que el fallo carece de una consideración a los medios probatorios que se hicieron valer por su parte en la instancia, específicamente los informes técnicos en relación a la variable calidad de las aguas del Río Estrecho. A continuación, exponen que, en realidad, la consideración de estos medios sería insuficiente, en tanto son desestimados no por su impertinencia metodológica, sino porque se discrepa de sus conclusiones, sin expresar los argumentos técnico ambientales para ello.

Aseguran que dos de estos informes entran al fondo de la controversia, cuestionando las diversas hipótesis respecto de la configuración de los requisitos del artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, conclusiones que son desatendidas por los sentenciadores.

Segundo: Que, a continuación, alegan la causal del artículo 26 inciso 4° de la Ley N°20.600, por haber sido pronunciada la sentencia con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, por cuanto el tribunal emprende una



verificación del cambio sustancial de la variable calidad de las aguas superficiales del río el Estrecho, lo cual realiza a través de la metodología de flujo másico, para arribar a la conclusión de que se trata de un fenómeno hidrológico. Sin embargo, ello tiene como sustento únicamente los antecedentes entregados en el expediente de revisión y, a su vez, se encuentra viciado por ciertos errores metodológicos que enumera: se opta por utilizar este método, en circunstancias que los estándares científicos sostienen como recomendables otras formas de medición; se analiza sólo un afluente, mientras que la supuesta baja es en, a lo menos, cinco de ellos; se indica que la quebrada analizada no se encuentra sometida al impacto del proyecto, a pesar que se emplaza inmediatamente aguas abajo; se realiza el análisis sólo con dos parámetros, esto es, sulfatos y conductividad eléctrica, mientras que la verificación de contaminación quedó supeditada a un control de nueve parámetros y, en ese sentido, el análisis no es representativo y, finalmente, hubo una sesgada utilización del fundamento científico respecto de los cambios estacionales en precipitación, escorrentía superficial, inter flujos e interacción con aguas subterráneas y su efecto en la concentración de los contaminantes en los ríos.

Exponen, finalmente, que existió una vulneración a las normas de la sana crítica al relacionar la evolución



sustantiva de la variable con el cambio climático, lo cual se hace a través de un análisis técnico que está viciado por una serie de defectos, ya enunciados. Afirman que el cambio climático se refiere a una variación significativa y duradera en un periodo definido de tiempo y no consta en la literatura científica que el aumento de los parámetros de contaminación de un río pueda ser consecuencia de este cambio.

Tercero: Que conviene tener presente que los antecedentes se iniciaron con la reclamación deducida por Compañía Minera Nevada SpA, por intermedio de la cual reprocha que la Resolución Exenta N°1385/2016, ya singularizada, reconoció legitimación activa a don Rubén Cruz Pérez y otras 32 personas naturales, como también a don Nicolás del Río Noé en representación de la Junta de Vigilancia de la Cuenta del Río Huasco y sus Afluentes.

Esta reclamación fue rechazada por el Segundo Tribunal Ambiental, sin que dicha decisión fuera objeto de recursos.

A ella se acumuló la acción deducida por don Rubén Sebastián Cruz Pérez, por sí y en representación de la Comunidad Indígena Diaguita Patay Co y otros reclamantes, quienes piden se deje sin efecto la señalada Resolución Exenta N°1835/2016 y se declare la improcedencia del proceso de revisión de la Resolución de Calificación Ambiental N°24/2006.



Reprochan como ilegalidades de la resolución reclamada, en primer lugar, el incumplimiento de la Resolución Exenta N°266 de 9 de diciembre de 2013, por intermedio de la cual la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama dio inicio al proceso de revisión de la RCA N°24/2006, disponiendo informar a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) para que colaborara con el Servicio de Evaluación Ambiental en la publicidad y participación informada de las personas interesadas. Sin embargo, la Conadi no recibió requerimiento alguno, por tanto, hay contravención al Convenio N°169 de la OIT, haciendo presente que el oficio al organismo tenía sustento en el acogimiento de un recurso de protección anterior, deducido por organizaciones diaguitas.

Alegan, además, la contravención al Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del instructivo ordinario N°150584/2015 del Servicio de Evaluación Ambiental y del artículo 74 del Decreto Supremo N°40 del año 2012, que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en razón de la falta de consulta indígena, la cual resultaba obligatoria. Por el contrario, dicho trámite no se cumplió, como tampoco se realizó un análisis previo que descartara la afectación directa a las comunidades diaguitas, razonamiento que sólo se incluyó en la decisión del Comité de Ministros que



descartó la afectación, en contravención a los cuerpos normativos antes mencionados.

Expresan que, en este orden de ideas, no se debe exigir certeza de la afectación, basta la posibilidad de su ocurrencia, mientras el acto reclamado requirió esa certeza y, en tal sentido, comete el yerro jurídico denunciado.

Añaden que no se notificó a los directamente afectados, conforme lo disponen los artículos 4° de la Ley N°19.300, 39 y 53 de la Ley N°19.880, por cuanto la reclamada señala que se cumplió con el emplazamiento a los interesados por la publicación en el Diario Oficial y un diario de circulación regional convocando a una audiencia pública y que ninguno de los reclamantes fue a esa audiencia. Sin embargo, esa publicación no es suficiente emplazamiento a un afectado directo, puesto que debía abrirse un procedimiento administrativo, distinto a la sola audiencia pública.

Exponen, además, que existe una falta de fundamentación del acto, puesto que el objetivo del proceso de revisión era esclarecer cuál era la calidad de las aguas de manera previa al inicio de la construcción del proyecto, en cumplimiento de la sentencia dictada en el marco del recurso de protección deducido por las comunidades diaguitas, que ordena determinar si la línea de base del proyecto ha variado y, en este sentido, sólo constatando la variación correspondía abrir el proceso de revisión. Agrega



que la autoridad ambiental no ha fundado la razón por la cual ha actuado de oficio estableciendo los parámetros de calidad de las aguas, sin tener todos los antecedentes que permitan establecer dicha modificación de la línea de base.

Finalmente, afirman que la Resolución Exenta N°94/2016 resolvió considerar una nueva línea de base, validando que hubo un cambio natural y definiendo acciones temporales, analizando modificaciones para efectos de verificar si son susceptibles de generar un impacto adverso sobre los reclamantes. Sin embargo, el compromiso del proyecto era no afectar la calidad de las aguas del río del Estrecho en ninguna de sus etapas, de modo que la línea de base en este caso era la situación del río previo a la Resolución de Calificación Ambiental y, así, se consideran mediciones desde fines de 1990 y comienzos del año 2000, hasta abril de 2005. Por el contrario, la Resolución N°94/2016 resuelve extender el registro de la línea de base incorporando datos de mayo 2005 a septiembre 2009, a pesar de la oposición de la Dirección General de Aguas y la Seremi de Medio Ambiente y, en efecto, esta última consideró prudente la ampliación hasta 2008, dejando fuera la fase de construcción de la operación minera que comenzó en 2009.

El titular solicitaba la extensión hasta 2012, lo cual fue rechazado precisamente porque la construcción iniciada en septiembre 2009 ciertamente tiene influencia, pero la Dirección General de Aguas y la Seremi de Medio Ambiente



dieron cuenta en sus informes que dicha influencia comenzó mucho antes, con el movimiento de tierras y las labores de excavación que generan una condición de acidez que induce a superar la natural.

En consecuencia, la extensión de la línea de base hasta el año 2009 provoca afectación a todos los habitantes del valle, puesto que ahora los límites se elevan, aunque solo se explicitan algunos parámetros.

Pide, en definitiva, que se deje sin efecto la Resolución Exenta N°1835/2016, declarando la improcedencia del proceso de revisión de la Resolución de Calificación Ambiental N°24/2006.

Por último, también se acumuló a los anteriores, el recurso de reclamación deducido por la Junta de Vigilancia de la Cuenta del Río Huasco y sus Afluentes, organización a la que luego se la tiene por desistida a fojas 494 de autos.

Cuarto: Que, informando el Servicio de Evaluación Ambiental expone, en lo pertinente, que los reclamantes incorporaron antecedentes que permitieron estimar una razonable posibilidad de afectación. En efecto, la Junta de Vigilancia tiene derechos sobre la cuenca del Río Huasco, dentro del área de influencia del proyecto y goza de la calidad de potencialmente afectado; por otro lado, las personas naturales señalaron ser residentes del área de influencia y se consideró la razonable posibilidad de



afectación. Sin embargo, ello no obsta a que durante el examen del fondo del asunto se pueda determinar si la afectación se produce efectivamente.

Expresa que la ley no define la afectación directa, el órgano la entiende como el interés legítimo para recurrir ante el Comité de Ministros, dada por un impacto adverso que tenga su origen en las modificaciones a la Resolución de Calificación Ambiental. En este sentido, estar dentro del área de influencia no otorga de inmediato la calidad de afectado y es por eso que se solicitó a los reclamantes antecedentes sobre dicha afectación, fijándose como punto de prueba la efectividad de gozar de la calidad de directamente afectados y, en esta dirección, también se hizo una inspección personal en las localidades donde residían los reclamantes.

Añade que, en el marco del recurso de protección presentado por comunidades diaguitas, la Corte consideró la contaminación de las aguas como una amenaza, de modo que la autoridad administrativa inició un procedimiento de revisión de la línea de base de la calidad de las aguas, para proponer ciertas adecuaciones a la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad, además de la extensión del registro de la línea de base, para obtener valores que permitan distinguir entre las variaciones naturales de las aguas y un eventual efecto del proyecto. Se propuso un nuevo sistema de verificación, acciones ante



la ocurrencia de situaciones estacionales, cambio en los puntos de monitoreo y cambio en los planes de acción.

En este curso de acción, se buscaba esclarecer cuál era la calidad de las aguas de manera previa y, de este modo, se fijó una nueva línea de base, validando que hubo un cambio natural y definiendo acciones temporales. Es respecto de estas últimas que debe determinarse si provocan impactos adversos en los reclamantes.

Enfatiza en que no se evaluaron nuevos impactos que pudiera causar el proyecto y, por ello, los potenciales efectos sobre la cantidad de las aguas no formaron parte del proceso de revisión; ella es la razón por la cual no se acogió la medida propuesta por el titular en torno a un sistema cortafugas, porque podía tener impactos sobre la disponibilidad del agua y eso no puede ser evaluado en el proceso de revisión de una variable en particular, exigiéndose que el titular ingresara al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el nuevo diseño del sistema de manejo de aguas del proyecto por cuerda separada, por cuanto es aquella la sede donde corresponde evaluar ambientalmente los potenciales efectos de las modificaciones y verificar si procede o no realizar consulta indígena.

En otras palabras, el objeto de la revisión es corregir una situación sobreviniente de un proyecto en ejecución y por eso la disponibilidad de aguas no fue



materia del proceso. En todo caso, asegura que no hay perjuicio alguno porque la construcción del proyecto no será reanudada mientras dicha optimización no sea evaluada y calificada.

Por estas razones, la Resolución Exenta N°94/2016 no genera impactos sobre la cantidad de recurso hídrico, como tampoco agrava los impactos ya evaluados, lo cual deriva en la improcedencia de la apertura de un proceso de consulta indígena, sin perjuicio de lo cual se ofició a la Conadi y se dio a conocer el procedimiento a través de su publicación.

Quinto: Que la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, luego de concluir que los reclamantes gozan de legitimación activa para entablar la acción, expresa que la revisión excepcional es un mecanismo correctivo, de adaptabilidad frente a las incertidumbres que existan en la evaluación ambiental. En este orden de ideas, una protección ambiental adecuada debe considerar no sólo la predicción inicial y medidas de mitigación, sino también instrumentos de adaptación que den cuenta de cambios sobrevinientes.

Para el tribunal, la revisión excepcional de una Resolución de Calificación Ambiental se encuentra enfocada en la adopción de medidas de corrección ante una variación o cambio sustantivo de una variable ambiental y orientada al estudio y adopción de esas medidas.



Agrega que la causa del cambio puede ser diversa, consideración que resulta crucial en el caso de fenómenos asociados al cambio climático. Por lo anterior, el proceso de revisión no se encuentra orientado a la determinación de responsabilidad de la causa o a la atribución de responsabilidad del cambio de la variable, sino que su objetivo es adoptar medidas correctivas, abordando todo tipo de fenómenos naturales o antropogénicos y previniendo los efectos adversos en el medio ambiente. En este sentido, las eventuales infracciones a normas o instrumentos de gestión ambiental y la determinación de responsabilidad cuenta con otras acciones, ya sea el procedimiento sancionatorio ante la Superintendencia del Medio Ambiente o la acción de reparación de daño ambiental.

Asentado lo anterior, para la procedencia de la revisión excepcional se requiere: i) que el proyecto se encuentre en ejecución; ii) que la variable haya sido evaluada; iii) que la variable esté contemplada en el plan de seguimiento; iv) que exista una variación sustantiva de la variable; v) que se propongan medidas de corrección.

Consta en el proceso de revisión el Oficio Ordinario N°2243 de 28 de septiembre de 2016 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que da cuenta de la fecha de inicio de las actividades del proyecto, indicando que la fase de construcción comenzó el 7 de octubre de 2009. Asimismo aparece que la variación sustantiva de la variable calidad



de las aguas superficiales del río del Estrecho se habría verificado tanto en una época previa al inicio de la ejecución del proyecto como en un tiempo posterior.

Se tiene presente, además, que el procedimiento de revisión excepcional de la Resolución de Calificación Ambiental tuvo como origen la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó que ordenó al titular solicitar el inicio de ese proceso administrativo, para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la calidad de las aguas había variado sustantivamente.

De conformidad a lo expuesto, se da cuenta de la existencia de un fenómeno relacionado con la influencia del caudal del río sobre las concentraciones de elementos y sustancias determinadas en el plan de seguimiento, el cual vendría manifestándose desde el periodo previo al inicio del proyecto - 7 de octubre de 2009 - y, tanto en un estadio previo como posterior, hubo una variación sustantiva de la variable.

Aclara que la variable en cuestión es la calidad de las aguas superficiales del río del Estrecho. Esta comprende las concentraciones en unidades de masa de sustancia por volumen de agua de un elemento o compuesto y su monitoreo permite conocer su evolución o variación en el periodo de tiempo de registro, a efecto de determinar los eventuales impactos del proyecto.



Reproduce los pasajes de la Resolución de Calificación Ambiental N°24/2006 que establece un plan de seguimiento de la evolución de las variables ambientales vinculadas a la ejecución del proyecto. En cuanto a la variable calidad de las aguas superficiales del río del Estrecho, se estableció un sistema de monitoreo que contempla 24 puntos, definiendo 5 de ellos como principales de control. Además, se indica que la calidad del agua para cada uno de estos puntos fue determinada en base a 9 parámetros clave, separados estacionalmente por invierno y verano.

Lo anterior permite a los sentenciadores concluir que la variable fue evaluada en sede ambiental y fue también contemplada en el plan de seguimiento, tanto del proyecto Pascua Lama original aprobado mediante la Resolución de Calificación Ambiental N°39/2001, como en las "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", aprobado mediante la Resolución de Calificación Ambiental N°24/2006.

A continuación, se hace presente que, en su solicitud, el titular presentó los antecedentes de cambio sustantivo de la variable, que el tribunal analiza a la luz de la ley de conservación de la materia, para lo cual compara la variación en términos de significancia estadística, y luego calcula el flujo másico y verifica si la diferencia estadística se mantiene, a fin de confirmar los resultados obtenidos. Explica que los cambios estacionales en precipitación, escorrentía superficial, interflujos e



interacción con aguas subterráneas tienen un fuerte efecto en la concentración de contaminantes en ríos. Esa coyuntura se presenta en esta causa, donde la concentración de elementos o sustancias presentes en el río del Estrecho puede cambiar fuertemente por las variaciones de su caudal. Por ello, el análisis estadístico presenta gran utilidad, puesto que la significación estadística implica que el resultado obtenido no es probable que ocurra por azar o causalidad, sino que sea atribuible a una causa específica.

Por otro lado, la ley de conservación de la materia establece que la cantidad de un elemento permanece sin cambios dentro de un sistema, incluso si han existido variaciones dentro de éste. La aplicación de esta ley natural y el cálculo del flujo másico permiten saber si la tasa de generación de drenaje ácido de roca permaneció constante o no en relación con los cambios existentes en el caudal del río. Al efecto, la doctrina científica especializada ha señalado que la medición de flujo másico es más útil que las mediciones de concentración a la hora de priorizar la limpieza de sitios con diversos contaminantes.

Se analizan las aguas de la Quebrada Barriales, por ser consideradas como de referencia por no estar influenciadas por el botadero de estériles. En primer lugar se toma la variación de la concentración de sulfato en el periodo de línea de base del proceso de evaluación, esto



es, desde el 18 de enero de 2000 hasta el 12 de abril de 2005 y respecto de su extensión hasta el 13 de septiembre de 2009 para uno de los puntos de monitoreo, indicado por el titular como la estación de registro. Para validar el estudio respecto de la concentración de sulfato, se razona también en torno a la conductividad eléctrica.

Puesto que los datos no hacen evidente la existencia o inexistencia de un cambio significativo en los periodos indicados, se comparan estadísticamente los promedios de concentración de sulfato de cada periodo, obteniéndose que la media de concentración en el periodo original es inferior a la del periodo de extensión, media que a su vez es también menor que la obtenida del periodo de inicio del proyecto, el 7 de octubre de 2009 y el inicio del prestripping en mayo de 2012.

De igual forma, la conductividad eléctrica varía de forma estadísticamente significativa en los periodos señalados.

Para validar el análisis, corresponde calcular los datos de flujo másico, esto es, la cantidad de materia que fluye sobre la caja del río, flujo total que se obtiene del producto entre el caudal del río en ese punto, multiplicado por la concentración del contaminante en estudio, de modo de aplicar las leyes de conservación de la materia. Se realiza el cálculo del flujo másico para el ión sulfato, que se mantuvo estable. A continuación, se hace el examen



estadístico para el mismo elemento, obteniéndose que la media del flujo másico para los periodos original y de extensión no presenta diferencias significativas, mientras que la media aumenta una vez que se inicia el proyecto. Es así como puede concluirse que la tasa de generación de drenaje ácido de roca permaneció constante durante los periodos analizados, pudiendo atribuirse el cambio en la concentración exclusivamente a la variación del caudal. Se confirma, por tanto, la hipótesis de cambio en la variable, como la exclusión de datos más allá de la fecha de inicio del proyecto en la revisión realizada por la autoridad administrativa, lo que se justifica en el cambio de tendencia observado para el último periodo, esto es, la existencia de un aumento en el río del Estrecho, en tanto que disminuye en la Quebrada Barriales.

A mayor abundamiento, se incluye un gráfico que da cuenta de las fluctuaciones de los caudales del río del Estrecho y la Quebrada Barriales, comprendiendo ciclos húmedos y secos, validando la hipótesis de existencia de un fenómeno hidrogeológico relacionado con un periodo seco que afecta las concentraciones en las variables.

Con lo anterior, se estima válida la hipótesis de que es la fluctuación del caudal la que altera la concentración de los contaminantes y no los aportes que pudieran generarse con ocasión de la ejecución del proyecto y ello respalda la decisión de la Comisión de Evaluación Ambiental



en torno a la evaluación del cambio sustantivo en la variable.

En aquello concerniente a la proposición de medidas para corregir, de aquellas planteadas por el titular, la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama estableció precedente extender la línea de base desde mayo de 2005 a septiembre de 2009, que equivale a la fecha previa a la ejecución del proyecto con inicio de la etapa de construcción. A consecuencia de lo anterior, determinó un cambio de la metodología aplicable para el establecimiento de la calidad de las aguas, cambiando el percentil 66 por el máximo histórico de las concentraciones indicadas. En cuanto a las obras para abordar el tratamiento y descarga de las aguas provenientes de la Planta de Tratamiento de Drenajes Ácidos de Roca, estableció que deben ser sometidas a evaluación ambiental.

La actualización de la línea de base tuvo como sustento los antecedentes relativos al cambio de la variable, que fueron validados por el tribunal en esta sentencia, de acuerdo a los cuales la línea de base y la metodología aplicable eran deficitarias en relación al cambio sustantivo de la variable en la época previa al comienzo de la ejecución del proyecto. Esto se justifica por cuanto no se contemplaba el cambio por aumento o disminución periódica del caudal del río y sus consecuencias en la concentración de los parámetros



asociados, no pudiendo distinguir entre los cambios introducidos por la actividad del proyecto y aquellos debidos a factores externos, naturales o antrópicos previos a su ejecución.

En cuanto a la sustitución de la metodología, desde la utilización del percentil 66 a la de máximos históricos para los niveles de concentración, ello implica una modificación de una naturaleza estática a una de carácter adaptativo, considerando que la metodología de concentración fija no permitía diferenciar entre cambios imputables o no a las actividades del proyecto, implicando la activación de medidas ante la superación de los niveles de emergencia y preemergencia incluso antes del inicio de las obras, permitiéndose ahora incorporar las condiciones cambiantes del medio natural.

Por tanto, se estima que la Resolución Exenta N°94/2016 determinó las medidas lógicas y consistentes con las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, para corregir la medida de mitigación establecida en el Estudio de Impacto Ambiental, conforme al objeto de protección evaluado en la Resolución de Calificación Ambiental, esto es, la calidad de las aguas superficiales del Río del Estrecho.

Se analiza, a continuación, los informes aportados por la parte reclamante Comunidad Diaguita Patay Co y otros, explicando que se trata de instrumentos que dan cuenta de



las opiniones de quienes los realizaron, destacando que todos carecen de estudios de campo o toma de muestras que desacrediten los elementos presentados por el titular en el proceso de revisión excepcional, los cuales fueron valorados y observados en su oportunidad no sólo por el Servicio de Evaluación Ambiental, sino también por los órganos de la Administración con competencia ambiental, esto es, la Dirección General de Aguas, la Seremi del Medio Ambiente y la Dirección de Obras Hidráulicas.

Se refiere, luego, en detalle a cada uno de los cuatro informes, expresando que contienen aseveraciones que no se sustentan en los estudios pertinentes y no aportan antecedentes que les sirvan de fundamento y, en definitiva, no desvirtúan lo establecido en el proceso de revisión, como tampoco aquello que se expresa en la sentencia.

En lo concerniente a la alegación de vicios en el procedimiento de revisión excepcional, se refiere a cada uno de ellos, en primer lugar, a la falta de notificación de los directamente afectados y terceros interesados en el proceso de revisión excepcional. Cita al efecto el artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, conforme al cual, en el proceso de revisión excepcional se contempla un periodo de información pública, que se anuncia por los medios de difusión establecidos. En este caso, del examen del expediente de revisión se aprecia que se cumplieron todas las etapas contempladas en el artículo 39 de la Ley



N°19.880, pues consta la publicación en el Diario Oficial de 17 de diciembre de 2013, así como en el Diario Regional Atacama en la misma fecha, abriéndose un proceso de información pública, que permitió el debido acceso a la información.

A continuación, se alegó sobre la pertinencia de abrir procesos de participación ciudadana y consulta indígena en el procedimiento de revisión excepcional. Explican los sentenciadores que el periodo de información pública es la instancia de posible participación para la ciudadanía y personas potencialmente afectadas, mientras que el objeto de este proceso de revisión excepcional es sólo el análisis del cambio sustantivo de una variable, teniendo en cuenta que el proceso de evaluación ambiental ya contempló la participación ciudadana y consulta indígena de manera amplia. Además, como señala el acto reclamado, las otras modificaciones propuestas por el titular deberán someterse a la correspondiente evaluación ambiental.

Por otra parte, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental ofició a la Conadi para promover la participación de personas o comunidades indígenas. Se hicieron publicaciones al efecto, sin que los reclamantes se hubieren apersonado en el periodo de información, concurriendo únicamente a la instancia de reclamación administrativa.



Sobre el particular, se consultó a la Conadi si había recibido el oficio, quien responde que no tiene registro de su recepción, sin perjuicio de lo cual no se encuentra dentro de sus facultades el pronunciarse sobre afectación a comunidades indígenas, por cuanto es el Servicio de Evaluación Ambiental quien debe determinar aquello, además de la pertinencia de la consulta indígena. Sin embargo, la reclamada incorporó oficio recibido por la institución, con timbre de recepción, razón por la cual no es posible acoger la alegación de falta de notificación.

Con todo lo anterior, habiéndose concluido que la variable calidad de las aguas superficiales presentó un cambio sustantivo y verificándose el resto de los requisitos para la procedencia de la revisión excepcional, se concluye que el proceso constituyó la vía adecuada para el estudio y establecimiento de medidas sobre la variable. Enfatiza que este procedimiento no tiene por objeto la determinación de una efectiva afectación directa a los reclamantes, solo el control de legalidad de la Resolución Exenta N°1385, puesto que la determinación de una afectación o daño ambiental tiene asignado otro procedimiento.

En conclusión, al negarse legitimación activa a la comunidad, se incurrió en un vicio por parte de la autoridad al requerir un estándar superior para acceder a la impugnación. Sin embargo, el acto reclamado fue dictado



conforme a derecho, puesto que se cumplían los requisitos del artículo 25 quinquies, de modo que aún en el evento de haberse reconocido la legitimación activa, la decisión no habría sido diversa.

Por todas estas motivaciones, los reclamos son rechazados.

Sexto: Que, en cuanto al primer motivo de nulidad formal, concerniente a la omisión de los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en específico, las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, se debe señalar que, según ha indicado esta Corte en reiteradas oportunidades, el vicio denunciado sólo concurre cuando la decisión carece de fundamentos fácticos o jurídicos que le sirvan de sustento, es decir, cuando no se desarrollan los razonamientos que determinan el fallo y carece de normas legales que la expliquen; requisitos que son exigidos a las sentencias por la claridad, congruencia, armonía y lógica que deben observar en sus razonamientos.

Séptimo: Que, en primer lugar y según ya se adelantó, corresponde destacar que se observa una contradicción en los fundamentos de la parte recurrente para sustentar este primer capítulo de nulidad, en tanto, en un primer momento, se reprocha la falta o carencia de una consideración de los medios de prueba que su parte hizo valer, para luego explicar que el vicio denunciado sería más bien esa



ponderación - que ahora reconoce como existente - sería deficiente, calificándola de "desafortunada" y sustentada en "argumentos inverosímiles".

Octavo: Que las consideraciones de hecho y de derecho que la reclamante estima insuficientes, conforme al recurso, se circunscriben al análisis de tres documentos: i) Informe Técnico respecto de la revisión de la variable calidad de las aguas del río del Estrecho de la RCA 024/2016 "Modificaciones del Proyecto Pascua Lama" del autor don Francisco Ferrando (fojas 365); ii) Informe técnico sobre el proceso de revisión RCA 024/2016 Proyecto Pascua Lama, elaborado por don Juan Campos Nazer (fojas 395); y iii) Observaciones metodológicas sobre la modificación de la línea de base de la variable calidad del agua superficial del río Estrecho (Resolución Exenta 94 de fecha 02 de junio de 2016) y sus posibles consecuencias a la salud de las personas del sector de Chollay, de autoría de los señores Esteban Hadjez Berrios, Aníbal Vivaceta de la Fuente y Andrei Tchernitchin Varlamov (fojas 411).

Sin embargo, de la sola lectura del fallo impugnado fluye que cada uno de estos documentos fue ponderado por los sentenciadores, lo cual consta en los motivos centésimo duodécimo y siguientes. Respecto del primero de los mencionados, el Tribunal es categórico en expresar que contiene "*aseveraciones que no se sustentan en los estudios pertinentes y sin aportar antecedentes que le sirvan de*



fundamento (...) no da cuenta de la metodología utilizada ni aporta elementos de convicción que permitan dar sustento a su contenido, consistiendo únicamente en las expresiones del profesional que lo suscribe".

A continuación, se refiere a los restantes, expresando que no presentan "antecedentes ciertos que desvirtúen lo establecido en el proceso de revisión (...) no agregan ningún antecedente relevante que permita desvirtuar lo establecido en esta sentencia, como tampoco respecto de la decisión adoptada por la autoridad ambiental".

Noveno: Que, como se dijo, el vicio en comento sólo concurre cuando la sentencia carece de las fundamentaciones fácticas o jurídicas que le sirven de sustento, mas no tiene lugar cuando aquéllas existen pero no se ajustan a la tesis postulada por la reclamante, cual es la situación de autos. En efecto, en el presente caso la parte recurrente hace descansar esta aparente omisión de motivaciones, específicamente, en la circunstancia de no haberse otorgado a su documental un valor probatorio que permitiera desvirtuar las conclusiones que arribó la autoridad administrativa en orden a la necesidad de modificar la línea de base del proyecto, en el marco del proceso extraordinario de revisión regulado por el artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, circunstancia que no configura la causal en estudio.



Por el contrario, la resolución impugnada contiene las consideraciones de hecho y de derecho necesarias para arribar a la conclusión definitiva, siendo muy diferente que el contenido de las fundamentaciones del fallo no sean del agrado de la reclamante y que no las comparta, puesto que ello no las transforma en inexistentes.

En consecuencia, fluye que lo que realmente se reclama por esta vía es la forma en que se valoró la documental de la reclamante y las conclusiones a que arribaron los sentenciadores con el resto de la prueba rendida, actuación que, desde luego, no es materia del recurso de casación en la forma, motivo por el cual no puede colegirse que concurra el yerro denunciado.

Décimo: Que, a continuación, el recurso de casación en la forma se funda en aquella que, estiman los recurrentes, es una infracción manifiesta a las normas de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Sobre el particular, el artículo 35 de la Ley N°20.600 dispone: *"El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que*



utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

Por su parte, la norma del artículo 26 de la Ley N° 20.600, para tener por configurada la causal de nulidad formal que consagra, requiere que haya existido una *"infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica"*. Así, la normativa ambiental vigente en nuestro país consagró como vicio de casación en la forma uno que desde antaño se ha considerado uno de nulidad sustancial, relacionado con la infracción de las normas reguladoras de la prueba.

Es en este contexto que se debe señalar que la norma en comento estableció que se configura el vicio cuando la infracción es manifiesta, esto es, cuando es patente la vulneración de las normas de la sana crítica en el proceso ponderativo. De lo anterior se colige que, para estar en presencia de dicha causal, la apreciación de los sentenciadores debe ser de características que impliquen ir abiertamente en contra de los parámetros que proporcionan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En cuanto a tales reglas de la lógica, forman parte de ellas la regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la no contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o



verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente.

Mediante este conjunto de reglas se asegura formalmente la corrección del razonamiento - que partiendo de premisas verdaderas permita arribar a conclusiones correctas - que se espera siempre tenga lugar y que, por lo demás, otorgan inequívoca objetividad a la labor de ponderación.

La segunda regla, conocida como "máximas de la experiencia", se refiere a "*un criterio objetivo, interpersonal o social (...) que son patrimonio del grupo social (...) de la psicología, de la física y de otras ciencias experimentales*" (Devis Echandía, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Edit. Zavalia, Buenos aires, 1981, T. I, p. 336).

Finalmente, la tercera regla obedece al denominado "conocimiento científico afianzado". Esta hace alusión a saberes técnicos, que han sido respaldados por el mundo científico. Por su propia naturaleza este conocimiento también goza del mismo carácter objetivo que las reglas de la lógica.



El verificar la adecuación del sistema de valoración probatoria a las reglas de la sana crítica no implica valorar nuevamente los hechos, pues tal labor excedería los márgenes del recurso y la competencia de este tribunal. En la especie, controlar la valoración de la prueba implica comprobar si el razonamiento jurídico se ha adecuado a las reglas que impone el sistema de sana crítica, ello fuerza a revisar la manera o forma en que se han ponderado las pruebas, más no el material fáctico de la ponderación; no se revisan los hechos, sino la aplicación del derecho, en cuanto establece la forma de ponderar, labor que ha de hacerse sin llegar a valorar la prueba misma.

La explicitación en la aplicación de estos parámetros de la sana crítica permite el examen de las partes y los ciudadanos en general, así como el control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores a través del sistema recursivo que el procedimiento contemple. Por lo mismo, la inobservancia o transgresión de aquéllos puede dar origen a la interposición de los recursos que prevé el legislador y torna controlable el fallo mediante el recurso de casación, puesto que al no cumplir con las reglas de la sana crítica se vulnera la ley.

Undécimo: Que, en consecuencia, en la valoración de la prueba en materia ambiental entran en juego las razones jurídicas asociadas a las simplemente lógicas, científicas,



técnicas o de experiencia en cuya virtud el tribunal asigna o resta valor a los medios de convicción aportados, atendiendo especialmente a su 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.

En el contexto anterior resulta indispensable para la configuración del error de derecho hecho valer, que el recurso describiera y especificara con claridad las reglas de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicos o técnicos que dejaron de ser considerados en el fallo y el modo en que ello fue capaz de influir en lo dispositivo del mismo, presupuestos que no concurren en el libelo en análisis.

En efecto, el recurso se limita a realizar un preámbulo donde explica, en general, cuáles son las reglas de la sana crítica y sus elementos, para luego reprochar como inadecuada la metodología empleada por el tribunal para concluir que las concentraciones de contaminantes del río del Estrecho se deben a un fenómeno hidrológico, pero sin hacer una necesaria correlación entre alguno de los principios de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados y alguna de las fundamentaciones precisas de la decisión y sin manifestar tampoco cómo se habría verificado concretamente esa vulneración.



Duodécimo: Que, aun cuando lo anterior ya resulta suficiente para el rechazo de este segundo capítulo de nulidad formal, de los razonamientos vertidos en el libelo pudiera llegar a entenderse que aquello cuya transgresión se relaciona con los conocimientos científicamente afianzados, no obstante ello se vincula, en primer lugar, con la elección de la medición del flujo másico como instrumento de determinación de la variación sustantiva de concentraciones de contaminantes en las aguas superficiales del río del Estrecho, para luego cuestionar las conclusiones a que se ha arribado producto de la utilización del método.

En este orden de ideas, los sentenciadores expresan las razones lógicas, científicas y técnicas que llevan a realizar el análisis a la luz de la ley de conservación de la materia, para lo cual se compara la variación en términos de significancia estadística, realizando el cálculo del flujo másico y procediendo luego a verificar si la diferencia estadística se mantiene y así confirmar los resultados obtenidos. Los motivos octogésimo noveno a nonagésimo primero son extensos en indicar la doctrina especializada que corroboraría a éste como un método que permite obtener resultados representativos y confiables, como también la conveniencia de la medición de flujo másico cuando se trata de evaluar las concentraciones de contaminantes en el agua.



Con lo anterior, el Tribunal hace un estudio acabado de las variables, para el periodo de línea de base original y respecto de la extensión, lo cual centra en el punto de monitoreo NE-5, por cuanto éste fue el indicado por el titular como la estación de registro de la línea de base para el drenaje ácido de roca. En efecto, la propia Resolución de Calificación Ambiental N°24/2006 en su acápite 4.4.2 letra b), se refiere a este punto y lo consigna precisamente para efectos de comparación.

Luego de analizar los datos de sulfatos y conductividad eléctrica, se realiza un segundo paso, que es la comparación estadística de los promedios de cada periodo, confirmando así el cambio de la variable.

Décimo tercero: Que, de lo expuesto, fluye que el Tribunal realizó un examen detallado de la variable, sobre elementos técnicos y científicos que permiten arribar lógicamente a la conclusión que sustenta el fallo, esto es, que los cambios en el caudal del río del Estrecho, relacionados con un periodo seco, afectaron la concentración de elementos controlados en las aguas, todo lo cual hacía necesaria una revisión y replanteamiento de la línea de base del proyecto.

Dicha conclusión, luego, es validada a través de un análisis estadístico del flujo másico, que confirma los resultados anteriores.



Por otro lado, si bien es efectivo que el control en este proyecto estaba relacionado con el monitoreo de un total de nueve parámetros, los sentenciadores advierten que la medición de sulfatos y conductividad eléctrica se justifican, en tanto el cobre es el primer contaminante característico de la actividad minera y, por otro lado, la conductividad eléctrica permite determinar variaciones globales en la concentración de iones en el agua, convirtiéndose en una medida aproximada del comportamiento del conjunto de los iones que podrían aparecer en caso de contaminación con drenaje ácido de roca. Por lo demás, ello resultó suficiente para la confirmación de la hipótesis planteada - que la concentración de las variables se vio modificada únicamente por un fenómeno hidrológico - de modo de tornar innecesario adentrarse en el comportamiento del resto de los contaminantes controlados.

Décimo cuarto: Que, a mayor abundamiento, la reclamante no cuestiona que, conforme a la metodología utilizada, los resultados sean errados o conduzcan lógicamente a la conclusión contraria, sino que critica la utilización de la herramienta del flujo másico y los elementos en ella analizados, sin proponer otro método o señalar cuál sería la influencia en lo dispositivo del fallo, de haberse utilizado uno diverso que, por lo demás, tampoco explicita.



Así, es evidente que las alegaciones de los recurrentes no dicen relación con una eventual vulneración de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, sino que, nuevamente, descansan más bien en una disconformidad con el proceso técnico y científico llevado a cabo por los sentenciadores a la luz de los elementos probatorios que obran en la causa, lo cual se aleja de la causal invocada.

Por los motivos ya señalados, este segundo capítulo de nulidad formal tampoco podrá prosperar.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

Décimo quinto: Que, en primer lugar, se reclama la errónea interpretación del artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300 y del artículo 74 del Decreto Supremo N°40 que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, al descartar como requisito de procedencia de la revisión excepcional de la Resolución de Calificación Ambiental que se acredite que el cambio producido no es producto de incumplimientos del titular. A ello se añade la denuncia de vulneración de los artículos 11 y 41 de la Ley N°19.300.

Expresa la recurrente que, el razonamiento de los sentenciadores, permite que el procedimiento excepcional regulado en el artículo 25 quinquies sea utilizado incluso cuando las variaciones son causadas por incumplimientos de un proyecto a las obligaciones de su Resolución de Calificación Ambiental. Ello, en contradicción con lo



dispuesto por el Servicio de Evaluación Ambiental en su Ordinario N°150584 de 25 de marzo de 2015 que imparte instrucciones en relación a la aplicación del artículo 25 quinquies y que es expreso en indicar que la variación sustantiva no debe estar relacionada a inobservancias del titular. En otras palabras, si se determina una relación de causalidad entre la modificación de las variables y el comportamiento del titular, dicha situación debe ser analizada en sede infraccional, donde se pueden adoptar medidas concretas para evitar efectos adversos al medio ambiente.

Décimo sexto: Que, a continuación, se reprocha la vulneración del principio participativo y del deber del Estado de asegurar mecanismos de participación para los pueblos indígenas, contemplados en los artículos 5° inciso 2° y 19 N°2 de la Constitución Política de la República, artículos 1° y 6° del Convenio N°169 de la OIT, artículo 1° inciso 2° de la Ley N°19.253 y artículo 4° de la Ley N°19.300.

Asevera que la sentencia da por cumplido el deber de garantizar la participación de los pueblos indígenas mediante la realización de un proceso de información pública al tenor del artículo 39 de la Ley N°19.880 y el envío de un oficio a la Conadi, el cual no fue recibido por ésta.



Al no efectuarse un proceso de consulta indígena, se infringe el principio participativo y de protección a los pueblos, impidiéndoles influir en la toma de decisiones que les afecten. Enfatiza en que esta consulta es previa, de buena fe y requiere de procedimientos adecuados, lo cual no se cumplió en la especie respecto de la Comunidad Indígena Patay Co, conformada por habitantes del Valle del Huasco y que ancestralmente usan sus aguas para desarrollar sus actividades, de modo que el cambio en la línea de base relacionada con la calidad de las aguas superficiales del río del Estrecho ciertamente les afecta y, por tanto, se cumple el presupuesto necesario para la realización del proceso de consulta.

Expresa que, en el proceso administrativo, no se hizo un análisis previo para descartar la afectación directa de las comunidades que habitan el área de influencia del proyecto, fundado en no haberse acreditado de manera fehaciente tal afectación, respecto de la cual no debe existir certeza, sino que basta con la posibilidad de su ocurrencia.

Décimo séptimo: Que, en cuanto a la influencia de los vicios antes anotados en lo dispositivo del fallo, afirma que ella es sustancial, por cuanto se privó a la comunidad indígena de una adecuada participación, vicio que sólo es reparable con la nulidad de la sentencia recurrida.



Décimo octavo: Que el artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300 dispone: *"La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.*

Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880.

El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20".

Décimo noveno: Que resulta conveniente recordar que el procedimiento extraordinario de revisión de la Resolución de Calificación Ambiental N°24/2016 se inició por haberlo así ordenado la Corte de Apelaciones de Copiapó, por sentencia de fecha 15 de julio de 2013, confirmada por esta Corte el 25 de septiembre del mismo año. En esa decisión,



el Tribunal de Alzada da por establecidos una serie de incumplimientos e inobservancias de parte de Compañía Minera Nevada SpA en relación a la señalada aprobación ambiental, cuestión que, en concepto de los falladores, se traduce en una amenaza cierta a las garantías constitucionales esgrimidas por los recurrentes, circunstancia que lleva al acogimiento de la acción constitucional.

Expresa el fallo en su motivo noveno: *"mediante la inspección personal realizada por este Tribunal de Alzada, con fecha 1 de julio del año en curso, que rola desde fojas 681 a 687, se pudo constatar en terreno que existe una amenaza a los recursos hídricos que debe ser subsanada, ya que como lo exige la Ley N°19.300, todo proyecto debe ejecutar su plan de seguimiento para verificar que las variables ambientales evaluadas se hayan comportado en la forma prevista, permitiendo en el caso contrario, revisar la RCA mediante el procedimiento administrativo contemplado en su artículo 25 quinquies de la misma ley"*.

De este modo, la decisión dispone en lo resolutivo que Compañía Minera Nevada SpA deberá:

"1.- Mantener paralizada la construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas, así como las medidas urgentes y transitorias que ha ordenado la Superintendencia del Medio



Ambiente, previa verificación por parte de la mencionada autoridad medioambiental.

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

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

Vigésimo: Que, en consecuencia, fluye que el cumplimiento de los requisitos para dar inicio al procedimiento de revisión extraordinaria de la Resolución de Calificación Ambiental se encuentra establecido por una



sentencia ejecutoriada que dispuso, precisamente, que la titular debía plantear dicha solicitud, a efectos de determinar si la línea de base de calidad de aguas del proyecto varió sustantivamente.

Vigésimo primero: Que, a continuación, la Resolución Exenta N°94/2016, que resuelve este procedimiento de revisión, establece: *"El comportamiento natural de los contenidos de los parámetros indicadores de DAR en el río Del Estrecho, en general, muestra una alta variabilidad en el tiempo, presentando marcadas diferencias interanuales, valores aislados excepcionalmente elevados, y tendencias crecientes.*

Por lo tanto, para efectos de verificar el compromiso de no afectación a la calidad de las aguas del río Del Estrecho, es necesario definir criterios de decisión que permitan detectar que no existan tendencias de cambio de la calidad del agua, respecto de la línea de base.

Analizando los registros de calidad de agua superficiales de los parámetros Conductividad Específica y Sulfato en las estaciones de validación, localizadas en las quebradas afluentes al Río del Estrecho, se observa una tendencia al aumento constante de las concentraciones de línea de base. Esto se observó para los registros históricos hasta el año 2012.

Dado que la calidad de estas aguas presenta una condición natural, sin influencia alguna del proyecto,



queda de manifiesto que la calidad natural en la cuenca del río Del Estrecho y sus afluentes está experimentando aumentos en la concentración de algunos parámetros".

Por otro lado, la sentencia es clara en su motivo nonagésimo noveno en asentar como un hecho de la causa que es la fluctuación del caudal del río del Estrecho la que altera la concentración de los contaminantes y no los aportes que pudieran generarse con ocasión de la ejecución del proyecto, lo cual respalda la conclusión administrativa en torno a la evaluación del cambio sustantivo de la variable.

A mayor abundamiento, lo anterior ya había sido objeto de examen en la Resolución Exenta N°266 de 9 de diciembre de 2013 que dispone iniciar el procedimiento de revisión, la cual expresa: *"la variación de los niveles de calidad del agua que la Autoridad ha considerado para dar inicio a esta revisión, corresponden a información de línea de base de calidad de agua, de fecha previa al inicio del prestripping del proyecto, el cual data de mayo de 2012. De lo anterior se obtiene que las reiteradas excedencias de dichos niveles de Alerta calculados conforme a la metodología de la RCA, se presentan en tiempo previo a la depositación de estéril.*

La evolución distinta de la variable evidencia entonces que la proyección establecida en la RCA, no resulta un mecanismo idóneo para poder distinguir si las



situaciones de excedencia que pudiera ocurrir, se deba a causas naturales o a un eventual efecto del proyecto".

Vigésimo segundo: Que, establecido lo anterior, el capítulo de nulidad sustancial en estudio se construye sobre la base de que el cambio en las variables sería producto de incumplimientos del titular respecto de la Resolución de Calificación Ambiental.

En consecuencia, se advierte que las argumentaciones del recurso de casación en el fondo se sustentan en una afirmación que va contra los hechos del proceso establecidos por los sentenciadores del mérito e intenta variarlos, proponiendo otros que, a juicio de la recurrente, estarían acreditados, como sería la circunstancia de que los cambios en las variables se deberían a incumplimientos de la titular.

Dicha finalidad - esto es, la variación de los hechos que vienen asentados - es ajena a un recurso de esta especie, destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley, esto es, a través del recurso de casación se analiza la legalidad de una sentencia, circunstancia que significa verificar un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero los hechos tal y como los han dado por probados los magistrados a cargo de la instancia, no pueden ser modificados por esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas



reguladoras del valor de la prueba, cuyo no es el caso de autos.

Vigésimo tercero: Que, a continuación, se reprocha la falta de un proceso de consulta indígena de manera previa a la resolución del procedimiento de revisión.

Sobre este particular, corresponde señalar que la Resolución Exenta N°266 ya citada, que da inicio al proceso administrativo, dispone en su resolutivo N°3: *"Para los efectos de la publicidad necesaria, publíquese en el Diario Oficial y en un Diario de Circulación Regional el presente acto. Asimismo, sirva la presente Resolución de remisor suficiente a fin de que CONADI, en virtud de las funciones legales que le corresponden, colabore con el Servicio de Evaluación Ambiental en la publicidad y participación informada de las personas y/o asociaciones indígenas que tengan la calidad de interesados"*.

Lo anterior fue cumplido a través de la emisión del Ordinario N°370 de 9 de diciembre de 2013, dirigido por la Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental al Encargado Regional de la Conadi, adjuntando copia de la presentación realizada por el titular del proyecto, al tenor del artículo 25 quinquies.

Se incorporó en la causa la constancia de que dicho oficio fue recibido por la Conadi, el día 24 de diciembre de 2013.



Concordante con lo anterior, consta en el expediente administrativo de revisión el extracto publicado, conforme al cual el texto íntegro de la resolución que da inicio al proceso, como también la presentación de Compañía Minera Nevada, puede ser conocido en las oficinas de la Conadi, para efectos de formular presentaciones relacionadas con la variable calidad de aguas.

Vigésimo cuarto: Que, en esta materia, el artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300 se remite a la Ley N°19.880, cuyo artículo 39 regula precisamente el periodo de información pública y dispone que su inicio será publicado en el Diario Oficial o en un diario de circulación nacional, otorgándose un término para que los interesados hagan sus observaciones.

Tales presupuestos fueron cumplidos por la autoridad ambiental, según consta del mérito del procedimiento administrativo incorporado y se asentó en el fallo recurrido. En efecto, la publicación en cuestión se hizo en los dos medios que regula la norma - no sólo en uno de ellos, según se autoriza - y, además, de manera adicional y a efectos de asegurar la debida publicidad y participación informada de las personas o asociaciones indígenas que tengan la calidad de interesados, se enviaron los antecedentes a la Conadi, solicitando su colaboración en las materias que le corresponden.



Vigésimo quinto: Que, a mayor abundamiento, el mismo artículo 39 de la Ley N°19.880 dispone en su inciso cuarto: *“La falta de actuación en este trámite, no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento”*, lo cual efectivamente se cumplió en estos antecedentes, en cuanto la Comunidad Diaguita Patay Co y las personas naturales recurrentes tomaron conocimiento de la existencia del proceso y formularon en tiempo y forma el recurso de reclamación administrativa que les concede el inciso final del artículo 25 quinquies.

Relacionado con lo ya expresado, a través de dicha vía pudieron los comparecientes plantear todas sus observaciones en relación al comportamiento de las aguas superficiales del río del Estrecho que, si bien es efectivo, no fueron atendidas por el Comité de Ministros, en tanto la Resolución Exenta N°1385/2016 se limita a negarles legitimación activa, sí fueron debidamente analizadas en el fallo recurrido que, como se dijo, concluyó la configuración de todos los requisitos legales para el acogimiento de la solicitud de revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, por cuanto se observó que es la fluctuación del caudal la que altera la concentración de los contaminantes y no los aportes que pudieran generarse con ocasión del proyecto.



Vigésimo sexto: Que, en consecuencia, aun cuando pudiera estimarse que las actuaciones de la autoridad administrativa no cumplieron con propender a fomentar la participación de personas y comunidades indígenas, al tenor del artículo 6.2 del Convenio N°169 de la OIT, igualmente dicho vicio no habría tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo por cuanto, según ya se ha razonado, tales alegaciones de fondo fueron analizadas en detalle por el fallo recurrido y resultó establecido que una de las variables evaluadas en el proyecto y contempladas en el plan de seguimiento, varió sustancialmente en relación a lo proyectado, lo cual hizo necesaria la adopción de medidas en los términos que vienen resuelto.

Por estas razones, este segundo capítulo de casación en el fondo tampoco podrá prosperar y deberá, por tanto, ser rechazado.

Por estos fundamentos y además lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la Comunidad Indígena Diaguita Patay Co y otros, en contra de la sentencia de diez de diciembre de dos mil dieciocho, escrita a fojas 498.

Acordado el rechazo del recurso de casación en el fondo, con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien estuvo por acogerlo en su segundo capítulo, al



estimar infringido el artículo 6° del Convenio N°169 de la OIT, por la omisión de apertura de un proceso de participación indígena conforme a lo dispuesto en dicha norma, teniendo para ello presente:

1° Que el Decreto N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, fue publicado el día 14 de octubre de 2008, de modo que, desde esta fecha, constituye una norma de aplicación obligatoria, cuyo artículo 6 N°1, letra a) dispone: *"1. 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;".

Por tanto, el criterio de determinación de las comunidades que deben participar en la consulta ciudadana está entregado expresamente por la Ley, que ordena tomar en cuenta la opinión de aquellos susceptibles de ser afectados directamente por la decisión modificatoria del proyecto en cuestión.

Sobre esta última expresión, esta Corte ya ha emitido diversos pronunciamientos concernientes al sentido y alcance que a ella debe darse, indicando que la afectación



de un pueblo "se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural" (CS Rol 16.817-2013, en el mismo sentido, CS Rol 817-2016).

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que "lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad" (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398, citado en sentencia CS Rol 817-2016).

2° Que, en consecuencia, no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedía por la falta de acreditación



de la afectación a las comunidades y personas naturales recurrentes, puesto que la obligatoriedad de este proceso exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta.

Confirma lo anterior aquello establecido por el Decreto N°66 de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, que refiere que las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas son aquellas que sean *“causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”* (artículo 7).

3° Que, por tanto, para que exista susceptibilidad de afectación directa en los términos exigidos por el Convenio N°169 de la OIT, es necesario que se encuentre establecido en autos que se verifica alguna de las modificaciones ya detalladas, cuestión que en estos antecedentes efectivamente ocurre, por cuanto no fue discutido que los reclamantes habitan dentro del área de influencia del proyecto, realizando sus actividades directamente en contacto con las aguas de la Cuenca del Río Huasco donde se encuentra el río del Estrecho. En este orden de ideas, no es posible soslayar que se trata de un proyecto que tiene



efectos sobre una cuenca hidrográfica, esto es, un sistema interconectado, formado por un conjunto de cauces que desembocan, en este caso, en el Río Huasco, de modo que cualquier efecto que se produzca en uno de los afluentes - como el río del Estrecho - tiene consecuencias sobre el equilibrio del sistema, de manera global. De ahí que resulte de la mayor importancia el establecer de manera clara el área de influencia del proyecto y, con ello, el estudio de la totalidad de las variables cuya superación podría repercutir en las condiciones de vida de quienes se emplazan o desarrollan actividades en ella.

4° Que, a la luz de lo ya razonado, encontrándose en concepto de este disidente establecido que resultaba procedente la realización de un proceso de consulta indígena, corresponde luego tener presente que todo proceso que derive en decisiones que puedan afectar alguna realidad de los pueblos originarios supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente



diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida. Es precisamente para asegurar lo anterior, que el artículo 4° del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas.

En esta línea de pensamiento, la sola información no constituye un acto de consulta, porque cuando únicamente se entregan antecedentes, quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdos y con la libre y efectiva participación de organismos representativos.

5° Que, así las cosas, la decisión atacada yerra al momento de estimar que la sola verificación de un periodo de información pública tenga la suficiencia para considerar adecuadamente los intereses de los pueblos indígenas emplazados en el área de influencia del proyecto cuya aprobación ambiental se revisa, y que tuvo como consecuencia una modificación de la línea de base, en cuya estructuración ciertamente debieron ser escuchados.

6° Que, a mayor abundamiento, tampoco la apertura del señalado periodo participativo fue adecuadamente puesta en conocimiento de la comunidad recurrente, puesto que no resultó acreditado que la Conadi fuera efectivamente informada de la petición de revisión y se cumpliera con la



finalidad de "*publicidad y participación informada de las personas y/o asociaciones indígenas que tengan la calidad de interesados*" (Resolución Exenta N°266). Tal carga probatoria recaía sobre la Administración y no fue cumplida.

Consecuentemente, no resulta admisible la defensa de la reclamada en orden a que la Comisión de Evaluación Ambiental despachó el oficio a la Conadi y, con ello, se habría dado suficiente cumplimiento a lo dispuesto por la mencionada Resolución Exenta N°266, puesto que ello significa olvidar el deber de coordinación que pesa sobre los órganos administrativos, en virtud del cual debió haberse corroborado la adecuada recepción de la información y, en definitiva, verificarse una actuación conjunta que propendiera al debido cumplimiento de los objetivos por los cuales, en principio, se despachó el mencionado oficio.

7° Que, en virtud de todo lo expuesto, en concepto de quien sostiene este voto particular, la sentencia recurrida incurre en los yerros jurídicos antes anotados, razón por la cual fue de parecer de acoger el arbitrio de nulidad sustancial en el segundo de sus capítulos y, en consecuencia, retrotraer el proceso de revisión excepcional del artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300 al estado de abrirse un periodo de consulta indígena, que asegure la efectiva participación de la reclamante y de todos quienes se encuentren en una situación de susceptibilidad de afectación directa, en los términos ya descritos.



Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y la disidencia, de su autor.

Rol N° 2025-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G. y Sr. Rafael Gómez B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, las Ministras señoras Sandoval y Vivanco por estar ambas con feriado legal. Santiago, 06 de enero de 2020.



En Santiago, a seis de enero de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

