

En lo principal, evacúa Informe; **en primer otrosí**, acompaña documentos; **en el segundo otrosí**, se tenga presente.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ARICA

Pamela Torres Bustamante, en representación de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), en autos sobre recurso de protección, ingresados a la Secretaría de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica con fecha 26 de febrero de 2021, **rol N°45-2021**, caratulados **“Comunidad Indígena Aymara de Umirpa con Andex Minerals SpA”**, a S.S. Iltma. respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, vengo a informar en el recurso de protección de autos, solicitando desde ya su rechazo, en lo que se refiere al actuar de la Superintendencia, con expresa condenación en costas, en consideración a los antecedentes de hecho y de derecho que pasará a exponer.

1. HECHOS QUE FUNDAN EL RECURSO DE PROTECCIÓN DEDUCIDO

1. Los hechos que han motivado el presente recurso de protección dicen relación con el inicio y ejecución del proyecto “Exploración Anocarire” (“el proyecto” o “Exploración Anocarire”), cuyo titular es Andex Minerals SpA (“la empresa”, “el titular” o “Andex Minerals”), recurrida también en estos autos. El proyecto consiste en la construcción y habilitación de 6 sondajes de prospección o exploración minera en sectores del Cerro Anocarire, comuna de Putre y Camarones, región de Arica y Parinacota.

2. El recurso alega que el proyecto en cuestión estaría afectando las especies vegetales yareta y queñua, la fauna del sector y la calidad de vida de las comunidades aledañas, así como produciendo contaminación acústica, y la afectación de sitios ceremoniales y arqueológicos del Cerro Anocarire. Asimismo, la recurrente sostiene que el proyecto se encontraría en elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”).

3. Sumado a lo anterior, denuncia el recurso que el proyecto de exploración minera se encontraría emplazado dentro del Área de Desarrollo Indígena (“ADI”) Alto Andino Arica- Parinacota, creada por el Decreto Supremo N°224, de fecha 8 de noviembre de 2004, del Ministerio de Planificación y Cooperación. Por otra parte, el proyecto se encontraría cercano a la Reserva Natural “Las Vicuñas”, creada por el Decreto Supremo N°29, del Ministerio de Agricultura. En vista de lo anterior, el proyecto se encontraría emplazado dentro de un área colocada bajo protección oficial, configurándose así la tipología de ingreso al SEIA establecida en la letra p) del artículo 10 de la Ley N°19.300.

4. Se afirma en el recurso que Andex Minerals no habría presentado un plan de manejo a la Corporación Nacional Forestal (“CONAF”), el cual sería necesario de conformidad a la Ley N°20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

5. La recurrente indica como el único hecho atribuido a la SMA el archivo de la denuncia presentada por la comunidad a la SMA con fecha 19 de noviembre de 2018 e ingresada bajo el ID N°42-XV-2018, mediante la Resolución Exenta N°405 de 04 de marzo de 2020, dado que *“los hechos denunciados no cumplen con los requisitos de ninguna de las tipologías de ingreso al SEIA, establecidas en los artículos 10*

de la Ley N°19.300 y del artículo 3° del D.S N°40/2012 MMA, no siendo posible levantar una actual hipótesis de elusión al SEIA por tales hechos”.

6. Ahora bien, dicha imputación es el resultado de una interpretación que hemos debido realizar del texto de recurso, pues, en concreto y como expondremos más latamente en los apartados siguientes de este informe, **las recurrentes no le imputan a este Servicio ningún acto u omisión ilegal o arbitrario que haya podido vulnerar de manera alguna sus derechos fundamentales.**

7. Como último hecho denunciado, la recurrente sostiene que el proyecto no habría sido sometido a consulta indígena, en relación al Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y el D.S. N°66/2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

8. Concluyen que los hechos denunciados provocan amenazas, perturbaciones y privaciones a sus garantías constitucionales del derecho a la vida e integridad física, igualdad ante la ley, vivir en un medio ambiente libre de contaminación, libertad de conciencia y ejercicio libre de todos los cultos, el desarrollo de cualquier actividad económica, y el derecho de propiedad.

9. S.S. Itma., a continuación, procederemos a exponer las razones por las cuales el presente recurso de protección debe ser desde ya rechazado, sin ser necesario referirse al fondo del asunto, la recurrente **no ha singularizado de ninguna forma que hechos u omisiones ilegales y arbitrarios se imputan a esta Superintendencia del Medio Ambiente, ni menos como existiría una vulneración de sus garantías constitucionales por el actuar de este Servicio. En el mismo sentido, la recurrente no tiene ninguna pretensión concreta respecto a la SMA.**

10. Sin perjuicio de lo anterior, en los párrafos posteriores, S.S. Itma. podrá observar que no existe en la especie ningún acto u omisión ilegal imputable a esta Superintendencia. La SMA ha tramitado las denuncias presentadas en contra de Andex Minerals, para conocer de posibles infracciones que son de su competencia, en la forma prevista por la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, Ley N°20417 (“LOSMA”), actuando dentro de sus facultades de conformidad a derecho.

2. LA RECURRENTE NO ATRIBUYE NINGUNA ACCIÓN U OMISIÓN A LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

11. El recurso de protección de garantías fundamentales se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (“CPR”), el cual señala en su inciso primero lo siguiente:

*“El que por **causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales** sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. (énfasis agregado).*

12. Luego, el inciso final del mentado artículo, tratándose del caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el artículo 19 N°8 de la CPR, establece lo siguiente:

*“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un **acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.**” (énfasis agregado).*

13. De esta forma, de la lectura de las normas constitucionales que regulan el recurso de protección, resulta claro que este **procede sólo cuando se produzcan actos u omisiones arbitrarios o ilegales, que causen una privación, perturbación u amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías expresamente resguardados por la norma.**

14. Por lo tanto, S.S. Itma. es una exigencia para la procedencia de la presente acción la existencia de una acción u omisión que se impute a la Superintendencia, que amenace, perturbe o prive del ejercicio de las garantías fundamentales consagradas en la CPR. Así, en todo el cuerpo del recurso **no se menciona ninguna acción u omisión arbitraria o ilegal realizada por la SMA.** Por ello, malamente podría este Servicio ser sujeto pasivo de la presente acción cautelar, si no hay un reproche concreto a su actuar. Ni podría S.S. Itma. ordenar alguna gestión a la SMA, cuando la propia recurrente no ha solicitado nada concreto para el caso de la SMA.

15. Tal es así, que en la parte petitoria el recurso se indica:

*“SÍRVASE S.S. ILTMA, tener por interpuesto el presente recurso de protección **en contra de la empresa Andex Minerals Spa**, ya individualizada, admitirlo a tramitación, ordenando que los recurridos informen en el plazo perentorio que S.S. Itma. fije decretando la total suspensión o cese del Proyecto Exploración Cerro Anocarire y, en definitiva, acogerlo, , y se asegure que i) los servicios públicos competentes determinen que el proyecto no constituye un peligro para la salud de los afectados y para la producción agropecuaria; ii) Minera Andex Minerals Spa cuente con todas las habilitaciones legales, estos es, con la autorización respectivas de CONADI; con la evaluación ambiental del proyecto; con la consulta previa, libre e informada a los pueblos y comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas por el proyecto; y iii) se determinen, adopten e implementen todas las medidas que sean necesarias para la eficaz protección del patrimonio arqueológico hallados y aquellos que puedan hallarse dentro y cercanos al área del proyecto, por el Consejo de Monumentos Nacionales; y iv) así como se determinen, adopten e implementen todas las medidas que sean necesarias para la eficaz protección de las especies vegetales protegidas dentro y cercanos al área del proyecto, por CONAF, sin perjuicio de otras medidas que S.S. Itma. estime pertinente decretar para amparar los derechos constitucionales de los afectados, con expresa condena en costas” (énfasis agregado).*

16. Así, respecto a la SMA, **ni siquiera es mencionada en la parte petitoria del recurso y no se solicita nada respecto a ella.** La recurrente solo solicita la suspensión o cese del proyecto, respecto a Andex Minerals. Luego, solicita que los servicios públicos competentes, sin indicar cuales, determinen que el proyecto no constituye un peligro para la salud de los afectados y la producción agropecuaria, **aspecto sobre el cual esta Superintendencia no tiene competencia.**

17. De la misma forma, el recurso solicita que S.S. Itma “se asegure” que el proyecto cuente con las autorizaciones pertinentes de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (“CONADI”) y el Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”), sin mencionar cuales específicamente, cuestión que escapa totalmente del ámbito de aplicación del recurso de protección, en tanto acción cautelar y de urgencia. Además de no ser autorizaciones que puedan ser otorgadas por este Servicio, lo que nuevamente deja fuera a la SMA de lo pretendido por el recurso de autos.

18. En cuanto a la solicitud de realizar un proceso de consulta indígena a las comunidades susceptibles de ser afectadas por el proyecto, esta **tampoco es materia de competencia de esta Superintendencia**.

19. De la misma forma, la parte petitoria del recurso termina solicitando que el Consejo de Monumentos Nacionales (“CMN”) y CONAF adopten las medidas necesarias para proteger el patrimonio arqueológico y las especies vegetales presentes, respectivamente. Nuevamente, **ninguna de estas pretensiones son materias que se puedan asociar a alguna de las competencias de la SMA**.

20. Por lo tanto, si bien la SMA aparece individualizada en la presuma del recurso de protección como “Recurrido (2)”, en todo el recurso no se menciona ninguna acción u omisión, arbitraria o ilegal, que, además amenace, vulnere o restrinja garantías fundamentales. Por ello, **no es realmente recurrida ni emplazada por el recurso**.

21. En relación con lo anterior, hacemos presente a S.S. Iltma., que la única parte del recurso en que se menciona a la SMA es en el punto II.5, respecto a la denuncia presentada por la recurrente ingresada a los registros de esta Superintendencia bajo el ID N°45-XV-2018. Ahora bien, en dicho apartado, la recurrente **solo expone el procedimiento de fiscalización y el análisis de antecedentes que realizó la SMA con relación a la denuncia referida, sin dar cuenta de ninguna acción u omisión imputable a este Servicio**.

22. El único reproche que realiza la recurrente se encuentra en una escueta frase al final del apartado II.5, la cual indica *“Así las cosas, la Superintendencia del Medio Ambiente consideró sólo los antecedentes que habría informado el titular del proyecto, sin haber solicitado mayor información al respecto y no considerando a la Área de desarrollo indígena como un área de protección oficial.”*

23. Al respecto, hago presente a S.S. Iltma., que la recurrente se refiere a una denuncia que fue tramitada acorde a derecho por esta SMA, **y que finalizó el 04 de marzo de 2020**, mediante la Res. Ex. N°405, con el archivo de la denuncia. Por lo tanto, la recurrente **no puede pretender revivir un procedimiento administrativo ya finalizado que, además, fue sustanciado con estricto apego a la normativa que rige a la SMA y que ponderó todos y cada uno de los antecedentes allegados al procedimiento, como se explicará más adelante**.

24. Asimismo, en relación a la Resolución Exenta N°405, de 04 de marzo de 2020, mediante la cual la SMA resolvió archivar la denuncia presentada por las recurrentes, **las recurrentes, como interesados dentro del procedimiento, tenían el derecho presentar un recurso de reposición en contra de dicha resolución**, y con ello hacer llegar esta Superintendencia los antecedentes y alegaciones que estimasen pertinentes.

25. En efecto, si las recurrentes no coincidían con lo resuelto por la SMA y estimaban que la resolución de archivo de su denuncia fue dictada contrario a derecho podrían a su vez haber **deducido reclamo de ilegalidad ante los Tribunales Ambientales, de conformidad al artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600**.

26. S.S. Iltma., el ordenamiento jurídico estableció otras vías para permitir a las recurrentes presentar sus alegaciones y antecedentes en relación a la decisión adoptada por esta SMA en torno a su denuncia.

27. Los autores Mario Mosquera y Cristian Maturana, al referirse al recurso de protección afirman que se trata de *“la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para*

reestablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, **frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece**, sin perjuicio de los demás derechos que puede hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”¹ (énfasis agregado).

28. S.S. Iltma., en el caso de autos, el recurso no menciona **ningún acto u omisión que pueda ser dirigido a la Superintendencia del Medio Ambiente, ni tampoco una pretensión concreta y debidamente individualizada respecto de este Servicio, razones por la cuales el recurso debe ser rechazado respecto del actuar de la SMA.**

29. No obstante lo anterior, a pesar de que la propia recurrente nada menciona al respecto, a continuación, pasaremos a informar cómo (i) de todas formas no ha habido ningún actuar arbitrario o ilegal por parte de la Superintendencia, por el contrario, este Servicio ha ejercido plenamente su potestad fiscalizadora en torno a los hechos denunciados; y (ii) los hechos que se denuncian en la acción de protección no son competencia de este Servicio.

3. LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE NO HA INCURRIDO EN NINGÚN ACTO U OMISIÓN, ARBITRARIO O ILEGAL, QUE PUEDA PRIVAR, PERTURBAR O AMENAZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RESGUARDADOS POR EL RECURSO DE PROTECCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

30. Como se verá a continuación, ante los hechos que se exponen en este recurso, la SMA no ha dejado de actuar acorde sus competencias y acorde a su mandato legal, presente en el artículo 2 de la LOSMA: “La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”.

31. En relación con lo anterior, el artículo 3 letra i) de LOSMA otorga la facultad a la SMA de requerir el ingreso de proyectos al SEIA, cuando se encuentran en una hipótesis de elusión, de la siguiente forma:

“Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N.º 19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente”.

32. De la argumentación precedente S.S. Iltma. podrá observar que la SMA ha cumplido cabalmente con su potestad fiscalizadora y continúa ejerciéndola para los hechos denunciados en la presente acción, resguardando, de esta forma, los derechos constitucionales de la recurrente.

3.1. La Superintendencia del Medio Ambiente tramitó la denuncia relacionada al proyecto de Exploración Anocarire en estricto apego a la legalidad, ejerciendo debidamente su potestad fiscalizadora

¹ MOSQUERA, M; MATURANA, C. Los recursos procesales. Editorial Jurídica de Chile. 3ra Edición (2017). Pp.460.

33. La recurrente ha planteado en su escrito que la SMA, en relación con la denuncia 42-XV-2018, *“consideró sólo los antecedentes que habría informado el titular del proyecto, sin haber solicitado mayor información al respecto y no considerado a el área de desarrollo indígena como un área de protección oficial”*.

34. Veremos a continuación que ello no es efectivo, y no se condice en nada con el curso de acciones que la SMA ha adoptó en relación con la denuncia 42-XV-2018, por el contrario, los hechos dan cuenta de una reacción temprana, fundada y acorde a derecho, por parte de este Servicio, que realizó todas las actividades de fiscalización necesarias y en coordinación con los demás organismos públicos competentes, para llegar en definitiva, a la decisión de archivar la denuncia presentada por las recurrentes.

35. En primer lugar, con fecha **19 de noviembre de 2018**, ingresó a esta SMA la denuncia de doña Marcela Gómez Mamani, presidenta de la Comunidad Indígena Aymara de Umirpa -recurrente en estos autos-, donde se denunció el *“traslado de gua desde la vertiente Ventanane y sondaje en el cerro y alrededores. Afectación a sitios ceremonial y arqueológico”*.

36. Con fecha **20 de noviembre de 2018**, analizado el mérito y seriedad de la denuncia, la oficina regional de Arica de la SMA, mediante el ORD. N°79/2018, informó a la denunciante que su denuncia había sido ingresada al sistema de la SMA, bajo el ID N°42-XV-2018, indicando que los hechos se encontraban en estudio.

37. Así, con fecha **20 de noviembre de 2020**, mediante la Res. Ex. N°10/2018, la SMA requirió información a Andex Minerals SpA, solicitando (i) Antecedentes de los trabajos de exploración ejecutados y por ejecutar en Cerro Anocarire, comuna de Putre de la Región de Arica y Parinacota; (ii) Ubicación de las plataformas de sondaje en coordenadas UTM, Datum WGS 84; (iii) Cronograma de trabajo año 2018 y 2019; (iv) Tipo y profundidad de sondaje; (v) Insumos utilizados y por utilizar acreditando su origen, en caso de abastecimiento de agua superficial y/o subterránea, adjuntar antecedentes de los derechos de aprovechamiento; (vi) Nombre, Rut, correo electrónico, dirección y número de teléfono del representante legal de la empresa; (vii) Nombre, Rut, correo electrónico, dirección y número de teléfono del encargado de los trabajos de exploración en Cerro Anocarire; y (viii) Estimación del área de influencia y componentes ambientales intervenidos.

38. Luego, la SMA evacuó una serie de oficios, consultado a los organismos sectoriales competentes en relación al proyecto en cuestión. Así, mediante ORD. N°080 de fecha 20 de noviembre de 2018, se solicitó al Servicio Nacional de Geología y Minería (“SERNAGEOMIN”) antecedentes de los trabajos de exploración minera que está realizando la empresa Andex Minerals Chile SpA en el sector del cerro Anocarire.

39. Por medio del ORD. N°081, de fecha **20 de noviembre de 2018**, se consultó al SEA en relación a si la empresa había presentado alguna consulta de pertinencia de ingreso al SEIA de los trabajos de exploración minera que está realizando en el sector del cerro Anocarire.

40. A su vez, por medio del ORD. N°083, de fecha **23 de noviembre de 2018**, se consultó a la Secretaria Regional Ministerial de Bienes Nacionales (“SEREMI de Bienes Nacionales”) si algunos sectores detallados en coordenadas UTM, correspondientes a los sectores a explorar informados por la empresa a SERNAGEOMIN, se encuentran o no al interior o aledañas a Áreas Silvestres Protegidas de la Región de Arica y Parinacota.

41. Por último, mediante el ORD. N°084, de fecha **23 de noviembre de 2018**, se consultó a CONAF si alguno de los sectores detallados en coordenadas UTM, correspondientes a los sectores a explorar informados por la empresa a SERNAGEOMIN, se encontraban al interior o aledañas de Áreas Silvestres Protegidas de la Región de Arica y Parinacota.

42. S.S. Iltma., no resulta procedente sostener que la SMA no habría consultado a otros organismos competentes en la materia para arribar a su decisión, ya que se evacuaron oficios al SERNAGEOMIN, SEA, SEREMI de Bienes Nacionales y CONAF, todos, para consultar en el marco de sus respectivas competencias, en torno al proyecto denunciado.

43. **La resolución de archivo se basó en un conjunto de antecedentes y pronunciamientos de la Administración que, en su conjunto, permitieron a esta Superintendencia establecer fundamentamente que el proyecto en cuestión no requiere ingresar al SEIA.**

44. Por medio del ORD. N°2309, de fecha 22 de noviembre de 2018, la dirección regional de Arica y Parinacota del SERNAGEOMIN, acompañó los siguientes antecedentes: (i) Aviso de actividades de la exploración Anocarire; (ii) Res. Ex. N°290, de fecha 03 de noviembre de 2018, que tuvo presente el aviso de inicio de actividades de Exploración Anocarire; y (iii) la Res. Ex. N°335, de fecha 05 de noviembre de 2018, del SERNAGEOMIN, que rectificó la Res. Ex. N°290.

45. El aviso de inicio de actividades del proyecto, de fecha 31 de agosto de 2018, por Andex Minerals SpA, señaló que *“Se deja constancia que las concesiones Sofía Séptima 2 y Sofía Séptima 8 tienen una pequeña colisión en el extremo Noreste con la Reserva Nacional Las Vicuñas. Sin embargo, Andex declara que no se efectuará ningún tipo de trabajo en dichos sectores en colisión, ni en ningún sector dentro de la Reserva Nacional Las Vicuñas”*.

46. En este sentido, mediante el ORD. N°256, de fecha 31 de diciembre de 2018, la CONAF informó:

“Se revisaron los puntos presentados en Datum PSAD56 en relación a la Información del catastro de los recursos vegetacionales de la Región de Arica y Parinacota del año 2014 y la cobertura del SNASPE regional del año 2016.

De esa revisión, se obtuvo que todos los puntos se encuentran fuera del SNASPE regional, Siendo la Reserva Nacional Las Vicuñas la unidad más cercana (el punto N°4 se ubica a aproximadamente 20 m de distancia del límite Oeste de esa unidad). En documento anexo se presenta el resultado completo de la revisión efectuada. (Figura 3 y 4).

Téngase presente que la información de límites de las áreas protegidas que maneja CONAF sólo tiene un carácter referencial. Por lo tanto, se solicita a Ud. Además, consultar al Ministerio de Bienes Nacionales respecto de la ubicación de los puntos de interés en relación al SNASPE regional”.

47. Por medio del ORD.SE15-N°858, de fecha 26 de febrero de 2019, la SEREMI de Bienes Nacionales informó a esta SMA que, *“Que, según oficio recibido en esta Secretaría Regional Ministerial con fecha 18 de febrero de 2019, se solicita revisar si los puntos señalados se encuentran dentro de una zona SNASPE o la distancia existente de ellas. Respecto de esto, y analizado el catastro de propiedad que maneja este Servicio, se puede indicar que mediante Decreto 29 del año 1983 del Ministerio de Agricultura, se fijan los límites del Parque Nacional Lauca, la Reserva Nacional Las Vicuñas y el Monumento Natural Salar de Surire, cuya administración recae, acorde al Art. N°4 del mencionado Decreto, en la Corporación Nacional*

Forestal CONAF. No obstante lo anteriormente señalado, se debe señalar que no existe plano georreferenciado oficial de dichas unidades componentes del Sistema Nacional de áreas Silvestres Protegidas del Estado SNASPE, razón por lo cual no es posible otorgar una respuesta satisfactoria a vuestro requerimiento”.

48. Por otra parte, el titular respondió al requerimiento de información realizado por la Res. Ex. N°10/2018, remitiendo los antecedentes con fecha 10 de diciembre de 2018. Indicando, los antecedentes de los trabajos ejecutados y por ejecutar. En este sentido, la empresa indicó que, *“estas actividades constituyen una etapa de exploración inicial, con un programa de sondajes preliminares que originalmente se había estimado en 5.000 metros pero que, debido a cambios estratégicos, dicho programa se redujo considerablemente. Hasta el momento se han perforado 1.614 metros, utilizando 6 plataformas de sondajes y se estima completar 2.500 metros, utilizando, en total, 7 plataformas de sondajes”*. También reiteró lo indicado en el inicio de actividades que informó al SERNAGEOMIN, en el sentido de *“Hacemos presente que Andex no ha realizado trabajo ni actividad alguna dentro de los límites de la Reserva Nacional Las Vicuñas. De igual forma, el área de influencia de las labores realizadas tampoco alcanza la Reserva Nacional Las Vicuñas”*.

49. Con los antecedentes antes mencionados y demás allegados al procedimiento de fiscalización, la SMA elaboró el **Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-111-XV-SRCA**. El cual tuvo como objeto, verificar si se configuraba en la especie una hipótesis de elusión al SEIA.

50. Así, como puede apreciar S.S. Itma., para el caso de los hechos de la denuncia 42-XV-2018, la SMA realizó un conjunto de actividades de fiscalización con miras a obtener los antecedentes necesarios y pertinentes del caso que permitieran tomar una decisión fundada.

51. Todos estos antecedentes fueron debidamente ponderados en el acto terminal del procedimiento, por medio de la Res. Ex. N°405, de fecha 04 de marzo de 2020. En ella, se realizó un acabado análisis de los hechos que podrían haber configurado una hipótesis de elusión al SEIA. Analizando en detalle las tipologías de ingreso de los literales i) y p) del artículo 10 de la Ley N°19.300, los cuales son desarrollados en el artículo 3 del D.S. N°40/2013, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, (“RSEIA”):

i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.

i.2) se entenderá por prospecciones al conjunto de obras y acciones a desarrollarse con posterioridad a las exploraciones mineras, conducentes a minimizar las incertidumbres geológicas, asociadas a las concentraciones de sustancias minerales de un proyecto de desarrollo minero, necesarias para la caracterización requerida y con el fin de establecer los planes mineros en los cuales se base la explotación programada de un yacimiento, que consideren cuarenta (40) o más plataformas, incluyendo sus respectivos sondajes, tratándose de las Regiones de Arica y Parinacota a la Región de Coquimbo (...)

Se entenderá por exploraciones al conjunto de obras y acciones conducentes al descubrimiento, caracterización, delimitación y estimación del potencial de una concentración de sustancias minerales, que eventualmente pudieren dar origen a un proyecto de desarrollo minero, que consideren menos plataformas que las indicadas en el inciso anterior, según las regiones respectivas.

p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.

52. En cuanto al literal i.2) del artículo 3° del RSEIA, esta tipología corresponde entonces a las prospecciones mineras que se desarrollan con posterioridad a las exploraciones mineras. Para ser considerada una prospección minera, en la Región de Arica y Parinacota, como es el caso, es necesario que se consideren 40 o más plataformas, incluyendo sus respectivos sondajes.

53. **Ahora bien, el hecho denunciado en noviembre del 2018 por la Comunidad Aymara de Umirpa, corresponde a una actividad de exploración, no de prospección, como establece el tipo i.2), artículo 3 del RSEIA, ya que consistió en una exploración inicial, con un programa de sondajes en 6 plataformas.**

54. Por otra parte, se analizó del literal p), del artículo 3° del RSEIA, donde la tipología de ingreso exige que el proyecto se desarrolle “en” o “dentro” de los límites de un área colocada bajo protección oficial. Para dicho análisis la SMA tuvo especialmente a la vista el ORD. N°256/2019, remitido por la CONAF, el cual, como ya se mencionó anteriormente, indicó que **“De esa revisión, se obtuvo que todos los puntos se encuentran fuera del SNASPE regional, Siendo la Reserva Nacional Las Vicuñas la unidad más cercana (el punto N° 4 se ubica a aproximadamente 20 m de distancia del límite Oeste de esa unidad). En documento anexo se presenta el resultado completo de la revisión efectuada (Figura 3 y 4)”**(énfasis agregado).

55. En vista de lo anterior es que la SMA concluyó que las obras del proyecto Exploración Anocarire se encontraban fuera de los límites del área protegida, razón por la cual no es exigible el ingreso del proyecto al SEIA bajo ese supuesto.

56. No obstante, lo anterior, en atención que el proyecto se ubica cercano a la Reserva Nacional Las Vicuñas, se realizó el análisis del objeto de protección de la Reserva Nacional, que fue creada por el D.S N°29, de 1983, del Ministerio de Agricultura. Esta Reserva cuenta con un Plan de Manejo de CONAF (Documento de Trabajo N°296, de 1998). En los objetos de protección específicos, destacan para este caso, la preservación del hábitat y el entorno natural de la vicuña.

57. Así, en miras de la posibilidad del área intervenida, el ORD. N°34/2020, del SERNAGEOMIN, informó que *“(i) la empresa Andex Minerals SpA, mediante documento de fecha 23 de diciembre de 2019 y número de ingreso 5040, informa al Servicio el cierre temporal del Proyecto Exploración Anocarire (...), (ii) Las operaciones en la faena minera Anocarire, durante el año 2019, se redujeron a trabajos de mapeos geológicos en campamento y mantención de caminos. No se realizaron sondajes ni otras operaciones en las plataformas de perforación, (iii) La empresa Andex Minerals SpA, en el documento de cierre temporal, además informa al Servicio que se han retirado todas las instalaciones del campamento dejando las áreas limpias y cerrándolos caminos de acceso. Asimismo, se indica, que se ha dado término a los contratos de servicios del proyecto y que el año 2020 se pretende reiniciar los trabajos de exploración, una vez terminado el periodo de luvias estivales en la provincia de Parinacota”.*

58. Con los antecedentes aportados por el SERNAGEOMIN, la SMA constató que el área de emplazamiento del proyecto no presentaba una mayor alteración y que, según los antecedentes levantados por la SMA, el proyecto consistió en la realización de 17 sondajes, con una perforación de 1.614 metros, utilizando 6 plataformas de sondajes, que no se emplazaron dentro de los límites del área protegida.

59. De esta forma la SMA concluyó que, (i) no se configuraban en la especie las tipologías de ingreso al SEIA establecidas en la letra i.2) y p), del artículo 3 del RSEIA, descartándose así una hipótesis de elusión al SEIA; y (ii) ante el reinicio de actividades el 2020, y en el caso que dichas eventuales actividades superasen alguno de los umbrales establecidos en alguna de las tipologías de ingreso al SEIA, o se ejecuten dentro de un área colocada bajo protección oficial y afectasen su objeto de protección, deberían someterse a una evaluación ambiental previa.

60. En función de lo anterior, la SMA resolvió archivar la denuncia presentada por doña Marcela Gómez Mamani, presidenta de la Comunidad Indígena Aymara de Umirpa, dado que los hechos denunciados no cumplen con los requisitos de ninguna de las tipologías de ingreso al SEIA establecidas en los artículos 10 de la Ley N°19.300 y 3° del D.S N°40/2013, del Ministerio del Medio Ambiente.

61. Por lo tanto, y como puede apreciar S.S. Itma., la SMA ponderó y recabó todos los antecedentes necesarios, actuando con estricto apego a la legalidad vigente y en el uso de sus potestades fiscalizadoras.

62. Es por medio del procedimiento reglado por el legislador, que, la SMA cautela las garantías constitucionales de la recurrente, en especial, la contenida en el artículo 19 N°8 de la CPR, consistente en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

63. De esta manera, y al contrario de lo señalado por la recurrente, la SMA no realizó una mera revisión formal de los antecedentes aportados por el titular en relación al proyecto en cuestión, si no que solicitó el pronunciamiento de los demás organismos técnicos especializados.

64. Cabe tener presente lo señalado por la Excma. Corte Suprema, al indicar que la SMA cumple con el fin último que le encomienda la ley, cuando aplica el principio de coordinación establecido en los artículos 2 de la LOSMA y 37 de la Ley N°19.880. Con fecha 24 de octubre de 2019, la Excma. Corte Suprema dictó sentencia en la causa rol N°21342-2019, caratulada “Rivera con Servicio de Evaluación Ambiental”, señalando:

“Quinto: En efecto, para cumplir el fin último que la ley le encomienda, consistente en evitar o disminuir las consecuencias perniciosas concretas generadas por eventuales incumplimientos a los instrumentos de carácter ambiental establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, resulta menester que, en virtud del principio de coordinación establecido en los artículos 2 de la Ley N.º 20.417 y 37 de la Ley N.º 19.880, la Superintendencia extienda su quehacer más allá de la mera revisión formal de los antecedentes del proyecto -cuya parcialidad ha quedado en evidencia en estos autos- solicitando el pronunciamiento técnico de otros organismos especializados en las materias denunciadas, como lo son, por ejemplo, la Corporación Nacional Forestal y el Servicio Agrícola y Ganadero” (énfasis agregado).

65. A pesar de que la mención a la denuncia antes señalada es la única referencia del recurso respecto a la SMA, y que, como hemos expuesto, no implicó un actuar arbitrario ni ilegal de este Servicio sino que, por el contrario, la SMA actuó acorde al fin que le encomienda la ley, en los párrafos siguientes veremos que la SMA **continúa resguardado las garantías constitucionales de la recurrente en atención a los hechos que han motivado el presente recurso, al iniciar una nueva fiscalización de oficio en relación al proyecto y habiéndose recepcionado conocer nuevos antecedentes y denuncias en contra de Andex Minerals.**

3.2. La SMA continúa cautelando los derechos constitucionales de la recurrente, al ejercer su potestad fiscalizadora, de oficio, frente a los nuevos antecedentes presentados en relación al proyecto Exploración Anocarire

66. Con fecha **27 de noviembre de 2020**, la SMA recibió nuevos antecedentes presentados por la dirección regional de Arica y Parinacota del SERNAGEOMIN, a través del ORD. N°1618, sobre el reinicio del proyecto Exploración Anocarire. Con ellos, **la SMA inició una fiscalización de oficio, que, a la fecha, se encuentra en curso y a la espera de todos los antecedentes necesarios para tomar una decisión al respecto.**

67. Los nuevos antecedentes remitidos por el SERNAGEOMIN consisten en (i) el aviso de inicio de actividades de exploración y/o prospección, de fecha 02 de noviembre de 2020; y (ii) las actas de fiscalización del SERNAGEOMIN, de fechas 09 de julio, 29 de octubre y 17 de noviembre, todas del año 2020.

68. De la revisión del Aviso de Inicio de Actividades de exploración y/o prospección presentada por la empresa se constató que Andex Minerals inició sus trabajos en fecha 15 de octubre de 2020 en plataformas de sondajes ubicadas en concesiones mineras de exploración denominadas “Sofía Séptima 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y Sofía Octava 1 a la 9”, emplazadas a 153 Km al Sureste de la ciudad de Arica entre las comunas de Putre y Camarones de la región de Arica y Parinacota. El titular indicó, además, lo siguiente: *“Se deja constancia que las concesiones Sofía Octava 1, Sofía Octava 2, Sofía Octava 6, Sofía Octava 7, Sofía Séptima 8 y Sofía Octava 9 tienen una colisión con la Reserva Nacional Las Vicuñas. Sin embargo, Andex declara que en el marco de esta campaña exploratoria no se efectuará ningún tipo de trabajo en dichos sectores en colisión, ni en ningún sector dentro de la Reserva Nacional Las Vicuñas según establece el Decreto Supremo N°29 del Ministerio de Agricultura de fecha 8 de marzo de 1983”.*

69. Conforme a la ubicación de los sectores de sondaje informados por el titular a SERNAGEOMIN, la SMA ofició a la SEREMI de Bienes Nacionales, mediante ORD. N°170, de fecha 01 de diciembre de 2020, en relación a si estos se encuentran al interior de áreas silvestres protegidas de la región. El Servicio consultado evacuó respuesta mediante su ORD. SE15-N° 5727, de fecha 15 de diciembre de 2020, indicando lo siguiente:

*“Respecto de esta solicitud y acorde a los antecedentes presentados, se puede mencionar que no existen planos georreferenciados para la unidad denominada Reserva Nacional Las Vicuñas. No obstante, y con la finalidad de determinar si se encuentran dentro del citado terreno, estos puntos han sido transformados al Datum WGS84 conforme a parámetros entregados por el Instituto Geográfico Militar IGM. Posteriormente, se ha realizado una superposición con las cartas topográficas confeccionadas por dicha institución, teniendo en cuenta los deslindes mencionados en el D.S 29 del año 1983 del Ministerio de Agricultura, referido a los nuevos límites del Parque Nacional Lauca, Reserva Nacional Las Vicuñas y Monumento Natural Salar de Surire. **Conforme al trabajo antes expuesto, se ha determinado que los cinco puntos mencionados se encuentran fuera de la Reserva Nacional Las Vicuñas**” (énfasis agregado)*

70. Por medio del ORD. AYP N°46, **de fecha 01 de marzo de 2021**, y con el propósito contar con todos los antecedentes necesarios para el correcto análisis de los hechos, la SMA consultó al SERNAGEOMIN la distancia en metros entre los sectores de exploración y el límite de la Reserva Nacional Las Vicuñas; solicitando, además, el archivo digital de la carta topográfica que utilizan, para ser visualizada en un Sistema de Información Geográfica. A la fecha, la SMA se encuentra a la espera de la respuesta.

71. Por otra parte, con fecha 01 de diciembre de 2020 y mediante la Res. Ex. AYP N°65, se requirió a la empresa la siguiente información: (i) Antecedentes de los trabajos de exploración ejecutados y por ejecutar conforme al aviso de inicio entregado en SERNAGEOMIN; (ii) Ubicación de las plataformas de sondaje en coordenadas UTM, Datum WGS 84; y (iii) Cronograma de trabajo año 2020 y 2021, y d) Tipo y profundidad de cada sondaje.

72. El titular evacuó respuesta a dicho requerimiento de información con fecha 09 de diciembre de 2020, respondiendo a cada uno de los puntos solicitados por la SMA, antecedente que, a la fecha, se encuentra en análisis por parte de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental de la SMA.

73. Paralelamente a la actividad de fiscalización antes descrita, con fecha 01 de diciembre de 2020, la Comunidad Indígena Aymara de Umirpa presentó una nueva denuncia a la SMA, por el reinicio de las actividades mineras de Andex Minerals, en el cerro Anocarire. La denuncia menciona la eventual disminución del caudal del río de Codpa, la intervención de especies vegetales como las yaretas y queñuas, la posible afectación de masa ganadera agrícola y comunidades indígenas, y la afectación de la calidad de vida de las personas por contaminación acústica.

74. Mediante el ORD. N°171, de fecha 01 de diciembre de 2021, la Oficina Regional de Arica y Parinacota de la SMA informó a la denunciante de la recepción e ingreso de su denuncia a los registros de esta Superintendencia, bajo el ID **N°32-XV-2020**, indicando, además, que los hechos se encuentran en estudio, con el objeto de recabar mayores antecedentes respecto a posibles infracciones de competencia de la SMA.

75. Con los antecedentes de la denuncia 32-XV-2020, con **fecha 01 de diciembre de 2020** y mediante el ORD. N°172, la SMA informó la posible afectación de componentes ambientales a la Dirección General de Aguas, la Corporación Nacional Forestal, el Servicio Agrícola y Ganadero, y el Consejo de Monumentos Nacionales. Se hizo presente a su vez que los hechos relacionados con una posible elusión al SEIA, son atendidos por la SMA.

76. En cuanto a los antecedentes presentados por la empresa en relación con los trabajos de exploración y la ubicación de las plataformas, y en relación al objeto de protección de la Reserva Nacional Las Vicuñas, se solicitó a CONAF, mediante el ORD. N°174, de fecha 03 de diciembre de 2020, información respecto a (i) los censos de las vicuñas durante el periodo de los tres últimos años y en los sectores aledaños al Cerro Anocarire; y (ii) antecedentes respecto a uso de dormideros, revolcaderos, defecaderos y áreas de alimentación primaria de las vicuñas.

77. CONAF remitió la respuesta a la solicitud anterior, mediante el ORD. N°152/2020, de fecha 21 de diciembre de 2020, el cual concluye que *“De acuerdo a los antecedentes obtenidos, se puede evidenciar que en los sectores aledaños al Cerro Anocarire, hay presencia de vicuñas y sus áreas de alimentación primaria, defecaderos y dormideros. Estas áreas utilizadas en forma diaria, son identificadas en sectores donde hay presencia de vegetación como lo son los pajonales, tolares y bofedales y no así en sectores altos donde no hay presencia de vegetación”*

78. Por otra parte, con fecha **15 de febrero de 2021**, ingresó a la SMA la denuncia digital N°1769, en contra de Andex Minerals SpA. Se denuncia la realización de sondajes dentro de la Reserva Nacional Las Vicuñas y dentro del Área de Desarrollo Indígena Ato Andino Arica y Parinacota, por lo que se solicita el ingreso del proyecto al SEIA.

79. Por medio del ORD. N°36, de fecha 16 de febrero de 2021, se informó a la denunciante que la denuncia fue incorporada bajo el **ID N° 14-XV-2021**. Con la misma fecha, mediante el ORD. N°37, la SMA informó de la denuncia a la SEREMI de Bienes Nacionales, CONAF, SERNAGEOMIN, CONADI y CMM, ya que *“no es posible asociar todos los hechos denunciados con alguna de las competencias de la Superintendencia”*. Por el mismo ORD. se informó que la posible elusión al SEIA del proyecto denunciado es una materia abordada por la SMA.

80. En vista de lo anteriormente expuesto podemos concluir que este Servicio **continúa conociendo de los mismos hechos denunciados que se denuncian por medio de este recurso de protección, llevándose a cabo un procedimiento de fiscalización, iniciado de oficio por la SMA, que, en por medio de las etapas procedimentales previstas por el legislador, contempla todas las garantías propias del procedimiento administrativo.**

81. La instrucción del procedimiento administrativo antes expuesto demuestra que **no existe ninguna acción u omisión, ilegal o arbitraria, por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente**, ya que, en todo momento, la SMA ha cumplido con su mandato legal, en resguardo de los derechos de los intervinientes y con apego a lo establecido por el legislador en la LOSMA.

82. De la misma forma, el procedimiento administrativo en curso constituye la vía idónea para decidir sobre la hipótesis de elusión al SEIA, o siendo esta vía cautelar idónea para ello, ya que el ingreso o no de un proyecto a SEIA es una materia compleja, que requiere de pronunciamientos sectoriales técnicos y etapas que no encuentran en una acción de urgencia como la de autos.

83. En los siguientes apartados, se expondrá que el procedimiento que se encuentra implica que los hechos denunciados, tanto por la vía administrativa, como judicial, **no corresponden a derechos indubitados y, por lo tanto, no son materia de una acción cautelar como la de autos**. De la misma forma, los hechos **ya se encuentran bajo el imperio del derecho, por lo que el objeto de autos pierde de todo objeto, debiendo ser rechazado.**

4. LOS HECHOS MATERIA DEL RECURSO DE PROTECCIÓN NO CORRESPONDEN A DERECHOS INDUBITADOS

84. El recurso de protección, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, permite restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de afectado, cuando por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, la persona sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo N°19 de la Constitución Política de la República. De esta manera, el recurso de protección constituye una forma de reacción judicial rápida, informal y provisional, a fin de dar protección inmediata a la vulneración de derechos indubitados.

85. En el presente caso lo que la recurrente describe como una vulneración a sus derechos, y en relación con la SMA, se refiere a la tramitación de la denuncia **N°42-XV-2018**. Sin embargo, tal como se ha dado cuenta en el presente informe, dicha vulneración no es tal, en la medida en que esta Superintendencia si ha dio curso a la denuncia, desarrollando diligencias y realizando un acabado análisis de las tipologías de ingreso al SEIA. De la misma forma, actualmente hay una investigación en curso y la SMA se encuentra a la espera de todos los antecedentes para realizar un estudio de ellos y tomar una decisión al respecto.

86. Lo anterior lleva a la conclusión inevitable de que la vía constitucional no es la instancia para que una pretensión como la planteada sea resuelta. La propia naturaleza del recurso de protección, el cual no cuenta con un contradictorio ni un período de prueba, no permitiría resolver la materia de manera adecuada, ponderando todos los aspectos técnicos que deben ser considerados. **Esta es la razón por la cual el recurso de protección requiere que se trate de derechos indubitados y no hechos que, como sucede en este caso, requieren ser objeto de una investigación previa.** Sobre este punto, la jurisprudencia es clara y abundante, como se pasa a exponer.

87. Así, la ltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazó la acción de protección rol N°170-2020, en fecha 14 de mayo de 2020, donde los recurrentes denunciaron la elusión al SEIA del Proyecto “Centro Recreativo para el Adulto Mayor” cuyo titular era la Municipalidad de Valdivia. En la sentencia, la Corte de Valdivia resuelve:

*“Que, además, la recurrida Ilustre Municipalidad de Valdivia, ha controvertido los presupuestos fácticos del reclamo de los recurrentes, quedando entonces como hechos controvertidos, la ocupación que tendrá el inmueble en cuestión y la tipificación del terreno donde se construirá la obra. De lo expuesto, es posible concluir entonces, **que no se cumple con uno de los requerimientos básicos, para poder acceder a lo pedido por los recurrentes, esto es, la existencia de un derecho indubitado, que se encuentra vulnerado por el actuar de las recurridas**” (énfasis agregado).*

88. Es el caso antes citado, la Corte de Apelaciones de Valdivia, considera que, al haber hechos controvertidos, no existe un requisito básico de toda acción de protección, un derecho indubitado y por ello, no puede prosperar la vía cautelar

89. En el mismo sentido anterior, la ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, resolvió con fecha 26 de noviembre de 2019, en la **causa Rol N°3106-2019**, rechazar una protección interpuesta por la Comunidad del Coyo, en contra del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, por un caso de elusión al SEIA, en base a los siguientes argumentos:

*“Que el recurso de protección, acción cautelar constitucional consagrada en el artículo 20 de la Carta Fundamental, ha sido establecido para hacer frente a acciones u omisiones ilegales o arbitrarios, de los cuales derive una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos o garantías expresamente señalados en la misma norma. **Se trata de un procedimiento cautelar de emergencia, inquisitivo y sin forma de juicio, que tiene por objeto reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado frente a garantías constitucionales indubitadas, inequívocas que no generen discusión ni cuestionamiento sobre su existencia, por lo mismo, el referido artículo 20 establece que este recurso constitucional es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o ante los tribunales correspondientes”, lo que no solo significa que su resolución produce únicamente cosa juzgada formal, sino que en lo esencial, cualquier discusión sobre los efectos de los derechos fundamentales, su naturaleza y existencia debe plantearse en otros procedimientos que no se vinculan con el presente.***

90. Es más, en el contexto de una supuesta elusión al SEIA, la Corte de Antofagasta concluye que es a través de la facultad de presentar denuncias ante la SMA, en conformidad a los artículos 21 y 47 de la LOSMA, y su procedimiento posterior, que se podría establecer o reconocer derechos indubitados:

“Asimismo, los recurrentes disponen de la facultad de presentar denuncia ante la Superintendencia del Medio Ambiente solicitando el ingreso al SEIA, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 21 y 47 de la Ley 20.047, la que incluso es posible recurrir ante el Tribunal Ambiental conforme lo establece el artículo 17 de la citada ley, en donde existe un procedimiento que podría establecer o reconocer derechos indubitados de los que aquí, por las características de este procedimiento, siquiera se vislumbran.

91. El fallo de la Corte de Antofagasta **fue confirmado por la Excma. Corte Suprema, con fecha 14 de mayo de 2020, en la causa Rol 36.416-2019.**

92. Resulta importante también el precedente de la **Excma. Corte Suprema, de fecha 29 de abril de 2014, en los autos rol 2892-2014**, referido a un caso de elusión al SEIA. En dicha oportunidad la Excma. Corte Suprema resolvió lo siguiente:

“Sexto: Que dicho lo anterior, esta Corte estima necesario dejar anotado que lo pretendido a través de esta acción cautelar es que se analice la validez de un acto administrativo ambiental terminal y ejecutoriado, que como tal goza de presunción de legalidad según lo reconoce la Ley N° 19.880, arguyéndose que un determinado proyecto debió ser examinado mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no por una Declaración de Impacto Ambiental.

Como es posible inferir, determinar si es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental luego de que ya la autoridad administrativa con competencia técnica resolvió aprobar y, por ende, otorgar el permiso ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental, corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional.

*En efecto, **decidir si se producen los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente luego de que las autoridades ambientales ponderaron y resolvieron en la materia exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar**” (énfasis agregado).*

93. En el mismo sentido recientemente se pronunció la Itma. Corte de Rancagua en causa de protección caratulada *“Flores con MOP con Dirección General de Aguas”*, **Rol N°21343-2020**, en la cual el recurrente le imputó a la SMA omisiones asociadas a la fiscalización de supuestas irregularidades en los derechos de aprovechamiento de aguas del Estero de Tronco en la Comuna de Mostazal. En dicha causa **se rechazó el recurso interpuesto en atención a “que sus alegaciones no se condicen con la naturaleza especialísima de la presente acción, por cuanto ésta no es sustituta de las acciones ordinarias que permitan el debate de diferencias jurídicas con la plenitud de igualdades procesales que debe brindar un debido proceso, razón por la cual se ha ido limitando su ámbito de aplicación excluyendo de ella cuestiones que tienen en el procedimiento común, el medio procesal para debatirlas, lo que necesariamente lleva a concluir que esta no resulta ser la vía idónea para discutir lo planteado por el recurrente.”**

94. Como se puede apreciar S.S. Itma, la jurisprudencia en materia de acciones de protección de carácter ambiental es clara es cuanto requerir como requisito fundamental para que una acción cautelar pueda prosperar la existencia de **derechos indubitados y en materia ambiental, estos no pueden ser determinados en procedimiento cautelar de urgencia, que no otorga la posibilidad de debatir y**

controvertir supuestos jurídicos. Así, la acción de protección no es la vía para poder dilucidar cuestiones técnicas o posibles infracciones a la normativa ambiental².

95. Por su parte, la doctrina se ha desarrollado en el mismo sentido que la jurisprudencia antes citada y el autor Edesio Carrasco indica:

*“... Por eso, el análisis que debe hacerse respecto de esta acción debe apuntar siempre a que la posición del individuo debe estar amparada no solo por un derecho fundamental lastimado (en sentido amplio), sino además por un derecho subjetivo público que le perita analizar, en concreto, al tribunal, si efectivamente esa acción u omisión que se imputa ha generado el agravio que se invoca, ameritando una tutela urgente para reestablecer el imperio del derecho, ya sea de manera preventiva o represiva. **Por lo mismo, no es una vía para declarar, constituir ni resolver aspectos interpretativos (...)**”³ (énfasis agregado)*

5. LOS HECHOS MATERIA DEL RECURSO DE PROTECCIÓN SE ENCUENTRAN SOMETIDOS AL IMPERIO DEL DERECHO

96. Luego, la acción de protección interpuesta resulta inidónea e ineficaz, **porque los hechos objeto de este recurso, ya se encuentran sometidos al imperio del derecho y siendo analizados por la institucionalidad ambiental vigente, es decir la SMA. Así se desarrolló en los párrafos precedentes, en relación con las denuncias 32-XV-2020 y 14-XV-2021.**

97. En este sentido, en la causa Rol N°4845-2020, respecto a la posible elusión del SEIA del proyecto Parque Eco Recreativo Las Trancas, la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el considerando noveno de la sentencia de 3 de agosto de 2020, resolvió lo siguiente:

*“9º) Finalmente, en cuanto al no sometimiento del proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 letras b) y d) de la Ley 19.300. **Del mérito de los antecedentes, en especial de los informes emanados por la Superintendencia del Medio Ambiente, a folios 52 y 65, consta la existencia de una fiscalización, actualmente en curso, que tiene por objeto determinar una posible elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que estos hechos ya se encuentran cautelados por la autoridad administrativa pertinente, razones por las cuales la presente acción no podrá prosperar**” (énfasis agregado).*

98. De la misma manera se pronunció esta Ilustrísima Corte de Valparaíso en causa de protección caratulada “Molina con Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N° 38007-2020, en la cual el recurrente le imputó a la SMA omisiones asociadas a una posible elusión al SEIA. En dicha causa **se rechazó el recurso interpuesto en atención a que “consta la existencia de una fiscalización iniciada por la recurrida cuyo objeto es otorgar la debida protección al actor en estos autos -quien además tiene la calidad de interesado-, por lo que no correspondiendo que se intervenga en el desarrollo de ese**

² En este sentido, la Excm. Corte Suprema ha reiterado este criterio, en las causas Rol N° 29992-2019, con fecha 31 de julio de 2020, confirmado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa rol N° 5802-2019; Causa Rol N°28861-2019, con fecha 10 de agosto de 2020, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°52900-2019.

³ CARRASCO, Edesio. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Ediciones Der (2020). Pp.65.

procedimiento que es el adecuado para la adopción de las medidas de resguardo de protección que se pretenden por esta vía, se rechazar el presente arbitrio" (énfasis agregado).

99. Siguiendo el mismo criterio anterior, la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 10 de agosto de 2020, en **causa Rol N°21936-2019**, rechazó la **acción de protección** donde se recurrió en contra de la SMA, Ministerio del Medio Ambiente, Municipalidad de Talcahuano, Municipalidad de Concepción, Ministerio de Obras Públicas, Servicio Agrícola y Ganadero, y la Empresa Sitrans, por el derrame de pintura en el Humedal Rocuant- Andalién, concluyendo que *"En consecuencia, aparece en la especie, que en relación a los hechos denunciados por el recurrente, estos **ya se encuentran sometidos al imperio del Derecho debidamente, por lo que no hay posibilidad de que sean paralelamente conocidos y ponderadas mediante la presente cautelar constitucional**"* (énfasis agregado).

100. En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Talca, con fecha 24 de agosto de 2020, en la causa Rol N° 796-2020, rechazó la **acción de protección** interpuesta por la Unión Comunal Lago Vichuquén en contra de la SMA, la Municipalidad de Vichuquén, el Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Salud, por eventos tóxicos, resolvió: *"Ya la situación **se encuentra bajo el control de la jurisdicción por medio de las instituciones administrativas, perdiendo en consecuencia la urgencia que justifica el proceder de esta Corte, la que por lo demás, carece de los conocimientos sobre la materia, y que debe quedar en poder de los entes estatales especializados en el rubro, los que ya han adoptado las medidas que se han estimados necesarias para la superación del proceso de contaminación que acusa el recurrente, al tenor de sus informes. Por lo anterior, el presente Recurso debe ser rechazado**"*⁴ (énfasis agregado).

101. De forma reciente, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en fecha 14 de enero de 2021, rechazó la **acción de protección Rol N° 1721-2020**, el cual versaba sobre la elusión al SEIA del relleno sanitario Puntra- El Roble, resolviendo que:

*"Sexto: ...en el mismo sentido, los aspectos técnicos que se requieren para el ingreso del proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, según lo establece el artículo 3° letra i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, ello consta en estos antecedentes mediante Ord. IMA N° 1110 de fecha 21 de julio de 2020, que la Municipalidad de Ancud procedió a dar cumplimiento a la exigencia de la presentación del cronograma requerido mediante la Resolución Exenta N° 1048/2020, indicando un programa de trabajo donde se detallan los hitos del desarrollo del proyecto, todo lo anterior ante la referida Superintendencia. **Encontrándose, por tanto, en conocimiento de la autoridad administrativa especializada y competente, en procedimiento REQ 014- 2020, quien en el marco de sus atribuciones ha determinado el ingreso del proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental como lo requiere la ley, dictando las instrucciones pertinentes para asegurar que ello ocurra, por tanto, dable es razonar que junto con encontrarse las materias objeto del presente recurso sometidas al imperio del derecho, de la forma que se ha señalado, éste ha perdido oportunidad**"* (énfasis agregado).

102. Por lo tanto, como puede apreciar S.S. Iltma., de forma consistente, la jurisprudencia en acciones de protección ambiental es clara en considerar que cuando los hechos materia de la acción de protección **ya se encuentran bajo el conocimiento de la autoridad ambiental competente, el recurso pierde de oportunidad e idoneidad, y consecuentemente, debe ser rechazado.**

⁴ La Corte de Apelaciones de Talca resolvió en el mismo sentido, con fecha 25 de septiembre de 2020, en causa Rol N° 513-2020.

103. La **Excma. Corte Suprema ha confirmado este criterio, así, en la causa Rol N° 20608-2019, con fecha 22 de enero de 2020, donde confirmó la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, la cual, a su vez, rechazó el recurso de protección Rol N°2408, por considerar que:**

“Cuarto: Que, en la especie, y conforme a los antecedentes que se conocen, la situación perturbadora planteada por el recurso concerniente a los ruidos molestos se encuentra en conocimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente que incoa un procedimiento administrativo sancionatorio cuya decisión se encuentra pendiente, y en la que se hizo parte el propio recurrente de protección. Lo anterior, en razón de tratarse de un tema netamente técnico, propio de la actividad de fiscalización ambiental regulado bajo las normas del DS N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente, que es el ente competente para adoptar las medidas sean de aislamiento o de supresión acústica adecuada, en tanto se haya sobrepasado el máximo de decibeles permitidos, datos técnicos que los debe entregar un especialista en prevención de riesgos, advirtiéndose, en todo caso, que el propio recurrente no ha explicado como sería afectado por las emisiones de ruidos o contaminación acústica que denuncia en sede de protección.

*Quinto: **Que, en consecuencia, la naturaleza del recurso de protección y su tramitación hacen improcedente emplear esta vía, en la situación planteada, ya que sobrepasa su ámbito de aplicación por tratarse de una controversia que está siendo conocida en la sede administrativa que corresponda al carácter eminentemente técnico del asunto**” (énfasis agregado).*

97. De forma reciente, y en el mismo sentido la Excma. Corte Suprema, en causa rol N°11523-2021, confirmó la sentencia de fecha 27 de enero de 2021, dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la causa rol N°39260-2020, que trataba sobre una denuncia de elusión al SEIA. La Corte Suprema resolvió, con fecha 17 de febrero de 2021, confirmar lo fallado por la Corte de Apelaciones en base a **“Que en la actualidad existen investigaciones en curso, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, se confirma la sentencia apelada de fecha veintisiete de enero de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso”**.

104. El fallo confirmado de la Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió **“del mérito de los antecedentes, en especial informe emanado por la Superintendencia del Medio Ambiente, se constata la existencia de una fiscalización, actualmente en curso bajo el Rol V-80-2020, que tiene por objeto precisamente determinar una posible elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que estos hechos ya se encuentran cautelados por la autoridad administrativa pertinente. Que acontece lo mismo, respecto a las infracciones a la legislación de protección al bosque nativo denunciadas, toda vez que su conocimiento se encuentra radicado en el Juzgado de Policía Local de Limache, debido a la denuncia realizada por la Corporación Nacional Forestal.”**

105. El caso antes citado, tiene claras similitudes con el recurso de autos, ya que, en el presente caso, también hay dos denuncias en tramitación y, de la misma forma, actualmente existe una denuncia interpuesta por la CONAF, ante el 3° Juzgado de Policía Local de Arica, por la infracción de la Ley N°20.283, en contra de Andex Minerals, por la destrucción de las especies *Azorella compacta* y *Polylepis tarapacana*.

106. Por su parte, la doctrina confirma que, desde la nueva institucionalidad ambiental, la acción de protección en materia ambiental **“solo puede resultar admisible ante eventos graves y muy excepcionales en que, por alguna causa, no se haya podido resguardar los derechos constitucionales mediante las vías de reclamación sectoriales”**⁵. Tal criterio de gravedad o urgencia, no se da en los hechos materia de estos

⁵ Fermandois Vöhringer, Arturo, & Chubretovic Arnaiz, Teresita. (2016). EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN ASUNTOS AMBIENTALES: CRITERIOS PARA SU PROCEDENCIA POSTINSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1), 61-90.

autos, que, al estar sometidos a la autoridad ambiental competente, pierden la urgencia de cautela por medio de esta acción de autos.

107. Reitera este criterio jurisprudencial y doctrinario, el autor Edesio Carrasco, quien indica que la acción de protección:

*“Es solo una acción rápida y eficaz para tutelar los derechos constitucionales que la CPR permita amparar por medio de esta vía, la que no excluye el uso de otras acciones o recursos, sin perjuicio de que **si el asunto ya está radicado bajo la órbita de competencia de un órgano de la Administración del Estado o ya ha sido radicado bajo la competencia de otro tribunal ordinario, una acción de esta naturaleza no debiese prosperar, pues el asunto ya se encontraría, en principio, bajo el imperio del derecho, no pudiendo esta acción constitucional sustituir las competencias administrativas o judiciales ya reclamadas.**”⁶*

108. Atendido lo expuesto, es evidente que las materias planteadas por el recurso de protección exceden los márgenes a que habilita el artículo 20 de la Constitución Política de la República y deben ser dilucidadas a través de los procedimientos y las vías establecidas en la Ley N°20.417 y la Ley N°20.600, que reformaron nuestra institucionalidad ambiental y crearon la Superintendencia y los Tribunales Ambientales. Son estos procedimientos los que garantizan el completo y acabado conocimiento de las materias técnicas discutidas, dentro del marco de procedimientos administrativos y/o judiciales regulados por el legislador, con etapas que permiten el análisis acabado de los hechos y fundamentos jurídicos de cada interviniente.

109. Lo anterior resulta aún más pertinente en cuanto -y como ya hemos expuesto- **las recurrentes no ejercieron los recursos que fueron expresamente establecidos por el legislador, en contra de la resolución de archivo de su denuncia.**

110. En conclusión, como puede apreciar S.S. Ittma., la presente acción cautelar no es la vía idónea para determinar si estamos o no frente a una elusión al SEIA, ya que el recurso de protección no es declarativo ni constitutivo de derechos y en este caso no existen derechos indubitados que hayan sido afectados. Para determinar si existe una hipótesis de elusión es necesario continuar con las acciones de fiscalización que inició la SMA, donde se cumplan todas las etapas y garantías del procedimiento administrativo. Además, no hay tal vulneración a garantías fundamentales si los hechos ya se encuentran bajo el ordenamiento jurídico y en conocimiento de la autoridad ambiental competente.

111. Así, por medio de su actuar, **la SMA en efecto se encuentra cautelando las garantías fundamentales del recurrente y su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a través de un procedimiento de fiscalización que es el adecuado para la adopción de las medidas de resguardo de protección que se pretenden por esta vía.**

112. Hasta aquí, hemos expuesto en el informe como la recurrente no ha imputado ninguna acción u omisión específica a la SMA, y, a pesar de ello, todo lo realizado por este Servicio en relación con los hechos que podrían configurar una hipótesis de elusión al SEIA, ha permitido la correcta tramitación de las denuncias 14-XV-2021 y 32-XV-20202, que se encuentran en curso y con una investigación pendiente a la fecha.

⁶ CARRASCO, Edesio. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Ediciones Der (2020). Pp.65.

113. Por otra parte, y para finalizar, haremos presente a S.S. Iltma., que los otros hechos denunciados en esta acción de protección no están asociados a las competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente.

6. LOS DEMÁS HECHOS DENUNCIADOS EN EL RECURSO NO SON DE COMPETENCIA DE LA SMA

114. El artículo 2 de la LOSMA dispone el objeto de la SMA, de la siguiente manera:

“La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia.

Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto.” (énfasis agregado)

115. Así, en cuanto a la afectación de especies vulnerables como las yaretas y queñuas, ambas protegidas como especies vulnerables y especies nativas originarias del país, según los D.S. N°58/2008, del Ministerio General de la Presidencia y el D.S. N°68/2009, del Ministerio de Agricultura, respectivamente. Esta es una materia que se encuentra bajo la competencia principal de CONAF, de conformidad a la Ley N°20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, salvo que exista un instrumento de gestión ambiental de competencia de la SMA, lo cual en este caso, a la fecha, no se ha verificado. En este sentido, CONAF evacuó informe en estos autos con fecha 10 de marzo de 2021, dando cuenta de las acciones fiscalizadoras de su competencia.

116. Por otra parte, y con relación a las alegaciones sobre a falta de Consulta Indígena, y la posible afectación de Comunidades Indígenas, hacemos presente que la SMA no cuenta con ninguna competencia al respecto, ya que la etapa de consulta indígena es en la sede de evaluación de proyectos. La Superintendencia no tiene ninguna incidencia en la evaluación ambiental de los proyectos en el SEIA, menos aún en la realización de un proceso de consulta indígena dentro de dicha evaluación ambiental.

117. En concordancia a lo anterior, y como se expuso anteriormente, la SMA derivó parcialmente los antecedentes presentados por las denuncias ID N°14-XV-2021 y N°32-XV-2020, mediante los ORD. N°37/2021 y el ORD. N°172/2021, respectivamente, a los organismos competentes, a saber, la DGA, CONAF, SAG, CMN, CONADI y SERNGEOMIN.

118. Por lo anterior, y respecto a estos hechos, **el recurso de protección en contra de la Superintendencia debe ser rechazado, ya que corresponde a hechos que no son materia de su competencia.**

7. CONCLUSIONES

119. S.S. Iltma., de acuerdo con lo que se ha dado cuenta en el presente Informe, el recurso de protección deducido debe ser rechazado, pues, en adición a que la recurrente no le imputa ningún acto u omisión arbitrario o ilegal a la SMA, no ha habido ninguna acción u omisión arbitraria o ilegal atribuible esta Superintendencia, en cuanto:

- (i) La SMA ha tramitado las denuncias en contra de Andex Minerals- que versan sobre los mismos hechos de estos autos- en estricto apego a la legalidad, ejerciendo debidamente su potestad fiscalizadora y comunicando a la denunciante de todas las decisiones tomadas en torno a su denuncia.
- (ii) Los hechos que han motivado el presente recurso de protección no corresponden a derechos indubitados, requisito esencial del recurso de protección, sino que necesitan de una declaración que está radicada en la autoridad administrativa competente.
- (iii) Los hechos se encuentran actualmente bajo el imperio del derecho y por ello, la acción es ineficaz e inidónea.

POR TANTO,

Solicito a S.S. Ilustrísima: tener por evacuado en tiempo y forma el Informe de la SMA, en relación al recurso de protección de autos, y en su mérito, proceder a rechazarlo en lo que se refiere al actuar de la Superintendencia del Medio Ambiente, con expresa condenación en costas.

PRIMER OTROSÍ: solicito a S.S. Ilustrísima tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

- (i) Expediente Administrativo de denuncia 42-XV-2018
- (ii) Expediente de Fiscalización DFZ-2019-111-XV-SRCA

POR TANTO,

Solicito a S.S. Ilustrísima: tenerlos por acompañados, con citación.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S Ilustrísima tener presente que las denuncias ID N° 32-XV-2020 y ID N° 14-XV-2021, corresponden a una investigación en curso, y, por tanto, los documentos son confidenciales. Por ello, cualquier forma de publicación ya sea total o parcial, podría afectar los resultados de ésta, por lo que serán acompañados a S.S Ilustrísima por correo electrónico.

POR TANTO,

Solicito a S.S. Ilustrísima: tenerlo presente.